

Les Cahiers de droit



Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives

Michel Filion

Volume 20, numéro 4, 1979

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042350ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/042350ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Filion, M. (1979). Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives. *Les Cahiers de droit*, 20(4), 855-899. <https://doi.org/10.7202/042350ar>

Résumé de l'article

This paper attempts to describe and assess the legal position in respect of guidelines, directives, manuals and similar instruments issued by administrative authorities.

It first reviews the statutory or other legal basis for the power to issue such instruments. Particular attention is paid to the recognition by the courts of an implicit authority to formulate instructions to subordinate officials, as part of general managing and supervisory powers.

The author then outlines the specific features of directives, as compared with regulations. Both classes of instruments usually contain rules of fairly general application. Both can be seen as useful means of structuring the exercise of discretionary decision-making powers. Directives, guidelines, manuals and the like, however, set a particular emphasis on the provision of guidance or even imperative instructions for officials in the discharge of their duties, while regulations apply just as statutes do, to the general public as well as to civil servants. Great weight —perhaps an excessive weight— was attached to this distinction in the reasons of Pigeon J. in the first Martineau case, which is discussed at some length.

The question of unpublished directives becoming in fact a body of « secret law » is then surveyed. The limited scope of the federal Statutory Instruments Act in this respect is underlined, and the author argues for selective adoption of public rule-making procedures, requirements for publication in official gazettes, and referral to parliamentary committees.

Finally, the paper surveys the present state of the law as regards judicial review of directives. While review may bear on the vires for the making of the directive, much as in the case of regulations, it more often occurs when a discretionary decision is challenged before the courts on the grounds that the decision-maker fettered its own discretion by inflexibly applying self-made guidelines where individual determination was called for, or by submitting to directives from some other authority. In cases where judicial intervention is not possible, recourse may be had to ombudsmen ; the experience of the Public Protector in Quebec in connection with directives and guidelines is described.

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : les directives

Michel FILION *

This paper attempts to describe and assess the legal position in respect of guidelines, directives, manuals and similar instruments issued by administrative authorities.

It first reviews the statutory or other legal basis for the power to issue such instruments. Particular attention is paid to the recognition by the courts of an implicit authority to formulate instructions to subordinate officials, as part of general managing and supervisory powers.

The author then outlines the specific features of directives, as compared with regulations. Both classes of instruments usually contain rules of fairly general application. Both can be seen as useful means of structuring the exercise of discretionary decision-making powers. Directives, guidelines, manuals and the like, however, set a particular emphasis on the provision of guidance or even imperative instructions for officials in the discharge of their duties, while regulations apply just as statutes do, to the general public as well as to civil servants. Great weight — perhaps an excessive weight — was attached to this distinction in the reasons of Pigeon J. in the first Martineau case, which is discussed at some length.

The question of unpublished directives becoming in fact a body of « secret law » is then surveyed. The limited scope of the federal Statutory Instruments Act in this respect is underlined, and the author argues for selective adoption of public rule-making procedures, requirements for publication in official gazettes, and referral to parliamentary committees.

Finally, the paper surveys the present state of the law as regards judicial review of directives. While review may bear on the vires for the making of the directive, much as in the case of regulations, it more often occurs when a

* Étudiant de premier cycle à la Faculté de droit de l'Université Laval. Cette étude a été rédigée sous la surveillance des professeurs Patrice Garant et Pierre Issalys, dans le cadre des travaux du Laboratoire de recherche sur la justice administrative.

discretionary decision is challenged before the courts on the grounds that the decision-maker fettered its own discretion by inflexibly applying self-made guidelines where individual determination was called for, or by submitting to directives from some other authority. In cases where judicial intervention is not possible, recourse may be had to ombudsmen; the experience of the Public Protector in Quebec in connection with directives and guidelines is described.

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| Introduction | 857 |
| 1. Les fondements du pouvoir d'établir des directives | 857 |
| 1.1. Fondements exprès | 858 |
| 1.2. Fondements implicites | 859 |
| 1.2.1. La loi | 859 |
| 1.2.2. La situation et la responsabilité du supérieur | 861 |
| 2. Les caractéristiques de la directive | 863 |
| 2.1. Une norme de portée générale | 864 |
| 2.1.1. Situation de la directive dans l'ordre juridique | 864 |
| 2.1.2. Objet de la directive | 868 |
| 2.1.2.1. Guider | 869 |
| 2.1.2.2. Diriger | 871 |
| 2.2. Une norme dénuée d'effet juridique direct | 875 |
| 2.3. Une norme qui produit cependant un effet réel | 880 |
| 2.3.1. Effet sur les fonctionnaires | 880 |
| 2.3.2. Effet sur les administrés | 881 |
| 3. La publication des directives, condition de leur efficacité? | 882 |
| 4. Le contrôle de la directive | 887 |
| 4.1. Contrôle administratif | 887 |
| 4.2. Contrôle judiciaire | 888 |
| 4.2.1. Le contrôle de la légalité de la directive | 888 |
| 4.2.1.1. Le contrôle de la conformité à la loi | 888 |
| 4.2.1.2. Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire | 889 |
| 4.2.1.2.1. L'abdication du pouvoir discrétionnaire | 889 |
| 4.2.1.2.1.1. La rigidité de la directive | 889 |
| 4.2.1.2.1.2. La délégation du pouvoir discrétionnaire | 893 |
| 4.2.1.2.2. Le mauvais usage du pouvoir discrétionnaire | 894 |
| 4.2.2. L'indemnisation de l'administré | 896 |
| 4.3. Contrôle parlementaire | 896 |
| Conclusion | 899 |

Introduction

Certains actes de l'Administration ont déjà été souvent étudiés et définis. C'est le cas de ceux qu'elle accomplit dans l'exercice de son pouvoir réglementaire et de son pouvoir de prendre des décisions individuelles. Entre ces deux types d'actes, se situe le produit de ce qu'on peut appeler le pouvoir d'établir des directives ; celui-ci constitue une autre forme d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

On peut distinguer trois genres de directives : les instructions qu'un supérieur donne à un subalterne et les règles de régie interne, les règles de procédure et de preuve, les énoncés de politique. Grâce aux directives, le pouvoir discrétionnaire est exercé d'une manière plus efficace et plus cohérente. De façon générale, nous utiliserons l'expression « autorité administrative » pour désigner la personne, l'organisme ou le tribunal administratif qui exerce un pouvoir discrétionnaire.

Les directives soulèvent un problème tout à fait actuel pour le milieu juridique. La Cour suprême du Canada s'est prononcée sur ce sujet dans deux arrêts récents : *Martineau et Butters v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*¹ et *Capital Cities Communications Inc. v. C.R.T.C.*². La doctrine récente s'est également intéressée à cette question³.

Notre objectif consiste à cerner le plus précisément possible l'état du droit canadien et québécois à ce sujet. Pour y parvenir, nous étudierons tout d'abord les fondements du pouvoir d'établir des directives, puis les caractéristiques de la directive ; nous évoquerons ensuite le problème de sa publication. Et, en dernier lieu, nous examinerons les différents modes de contrôle de la directive : contrôle administratif, contrôle judiciaire, contrôle parlementaire.

1. Les fondements du pouvoir d'établir des directives

Les fondements du pouvoir d'établir des directives sont exprès ou implicites.

1. [1978] 1 R.C.S. 118.

2. [1978] 2 R.C.S. 141.

3. W.J. ATKINSON, « La discrétion administrative et la mise en œuvre d'une politique », (1978) 19 *C. de D.* 187 ; D.J. GALLIGAN, « The Nature and Function of Policies within Discretionary Power », (1976) *Pub. L.* 332 ; H.L. MOLOT, « The Self-Created Rule of Policy and Other Ways of Exercising Administrative Discretion », (1972) 18 *McGill L.J.* 310. Nous avons également consulté avec profit l'étude de D. LEMIEUX et D. MOCKLE, « Les pratiques para-réglementaires face au droit », Laboratoire de recherche sur la justice administrative, Université Laval, Québec, 1975, 47 p. (document non publié).

1.1. Fondements exprès

Le pouvoir d'établir des directives est parfois prévu expressément par une loi ou un règlement.

La loi peut donner à l'autorité administrative le pouvoir d'adresser des instructions à ses subordonnés. Ainsi, le paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers* :

Sous réserve de la présente loi et de tous les règlements édictés sous le régime du paragraphe (1), le commissaire peut établir des règles, connues sous le nom d'Instructions du Commissaire, concernant l'organisation, l'entraînement, la discipline, l'efficacité, l'administration et la direction judiciaire du Service, ainsi que la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus et la direction judiciaire des pénitenciers.⁴

Comme le démontre le paragraphe 27(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, un organisme autonome peut aussi être assujéti à certaines directives :

Le gouverneur en conseil peut à l'occasion, par décret, émettre des instructions à l'intention du Conseil comme le prévoient le paragraphe 18(2) et l'alinéa 22(1) a).⁵

Le pouvoir de donner des instructions n'est pas toujours aussi important ; par exemple, le ministre de l'Éducation jouit d'un modeste pouvoir d'instruction concernant les registres tenus par les commissaires et syndicats d'écoles⁶.

La loi peut aussi donner le pouvoir d'émettre des énoncés de politique, par des expressions comme « émettre [...] des principes directeurs »⁷, « formuler des lignes de conduite »⁸, ou « propose au gouvernement une politique »⁹.

Le pouvoir d'établir des directives peut également être octroyé par règlement. Dans l'affaire *Re Cockings and University Hospital*, Cockings était pénalisé pour avoir refusé de se conformer aux directives du chef du département¹⁰. Celles-ci se fondaient sur le règlement suivant :

Any additional rules made by departments to assist in internal organization are to be considered « administrative directives » and should be made available to department members and house staff to the extent considered necessary by departments heads.¹¹

4. S.R.C. 1970, c. P-6.

5. S.R.C. 1970, c. B-11. Nous notons avec intérêt que ce pouvoir d'instruction est précisément délimité à l'alinéa 22(1)a).

6. *Loi de l'instruction publique*, S.R.Q. 1964, c. 235, par. 203(10).

7. *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, S.R.C. 1970, c. 46, par. 4(2).

8. *Social Assistance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 360, art. 13.

9. *Loi sur le cinéma*, L.Q. 1975, c. 14, art. 2.

10. (1975) 54 D.L.R. (3d) 581.

11. *Id.*, pp. 584-585.

1.2. Fondements implicites

Un pouvoir d'établir des directives peut aussi se fonder de façon implicite sur la loi ou sur la situation et la responsabilité du supérieur.

1.2.1. La loi

Le pouvoir d'établir des directives découle parfois implicitement des termes mêmes de la loi ou de l'ampleur d'un pouvoir discrétionnaire conféré à une autorité¹².

Les lois constituant les ministères, sociétés d'État ou autres organismes gouvernementaux prévoient généralement que le ministre est responsable de l'application et de l'exécution de la loi. De plus, une autorité administrative reçoit souvent un pouvoir général de direction ; ainsi le ministre des Affaires sociales du Québec :

le ministre [...] est chargé de la direction et de l'administration du ministère [...]. Il est également chargé de l'application des lois et des règlements relatifs aux affaires sociales.¹³

L'article 57 de la *Loi d'interprétation* indique que l'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin¹⁴. Donc, si le

12. G. FORTIER, avec la collaboration d'H.-L. FORTIN et P. GARANT, *Le Surintendant des assurances*, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, Université Laval, Québec, août 1975, p. 21 ; H.-L. FORTIN, *La Commission des valeurs mobilières du Québec ou Un tribunal administratif modèle*, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, Université Laval, Québec, septembre 1976, p. 41 : « La Commission adopte des énoncés de politique qui servent à préciser dans quel sens elle exercera les vastes pouvoirs discrétionnaires que la loi lui confère. » ; R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, P.U.L., 1974, p. 773 : « Le dépositaire d'un pouvoir discrétionnaire qui ne veut pas agir de façon incohérente doit s'imposer certaines règles ou normes de décision plus ou moins élaborées. Aussi peut-on affirmer que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire suppose l'existence d'un pouvoir normatif implicite. » ; D.J. GALLIGAN, *supra*, note 3, p. 333 : « The extent of an authority's power to choose policies will depend on the terms of the statutory power. It may be couched in such wide terms that the range of choices open to the authority is almost unlimited. »

13. *Loi du ministère des affaires sociales*, L.Q. 1970, c. 42, art. 1. Voir aussi *Loi sur la fonction publique*, L.Q. 1978, c. 15, art. 2 et 3. Dans l'affaire *Commission scolaire Gatineau et al. v. Procureur général de la province de Québec*, C.S. Hull, no 550-05-001934-77, 21 août 1978, le juge Major reconnaissait que les Règles administratives et budgétaires des Commissions scolaires et des Commissions régionales pour 1972-1973 (p. 7) « sont implicitement autorisées par les articles 1 et 2 de la *Loi du ministère de l'éducation*, S.R.Q. 1964, c. 233 : « 1. Le ministre (...) est chargé de la direction et de l'administration du ministère de l'éducation. Il est également chargé de l'application des lois relatives à l'éducation (...) 2. « Le ministre a la responsabilité de promouvoir l'éducation (...) et d'assurer le développement des institutions d'enseignement ».

14. S.R.Q. 1964, c. 1, art. 57 ; cf. *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23, art. 26(2).

législateur rend une autorité administrative responsable de la direction d'un organisme quelconque, il lui donne en même temps un certain pouvoir d'établir des directives.

De même, des dispositions comme « le directeur a la surveillance et la direction »¹⁵, « il appartient au ministre de coordonner »¹⁶, « le Protecteur du citoyen définit les devoirs de son adjoint ainsi que de ses fonctionnaires et employés, dirige leur travail »¹⁷, constituent toutes des fondements d'un pouvoir d'établir des directives.

À ces pouvoirs de direction correspond nécessairement un devoir d'obéissance de la part des subordonnés. Ce devoir d'obéissance peut être requis expressément par la loi, mais il est généralement implicite. Des sanctions sont parfois prévues en cas de manquement à ce devoir. Ainsi les fonctionnaires fédéraux qui contreviennent à leur serment d'allégeance¹⁸ sont passibles de mise en accusation et de punition pour parjure¹⁹. Au Québec, toute violation de ce serment entraîne la destitution immédiate²⁰. Mais sans aller jusqu'à la destitution, un manquement aux obligations du fonctionnaire peut être sanctionné par des peines disciplinaires²¹.

La jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'existence d'un pouvoir implicite d'établir des directives. L'arrêt *Capital Cities Communications v. C.R.T.C.* démontre que ce pouvoir peut découler de l'attribution d'un large pouvoir discrétionnaire :

À mon avis, compte tenu de la grande portée des matières confiées au Conseil par l'article 15 de la Loi, qui comprennent la surveillance de « tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne en vue de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 de la présente loi », il était tout à fait approprié d'énoncer des principes directeurs comme le Conseil l'a fait à l'égard de la télévision par câble.²²

15. *Loi du service des achats du gouvernement*, S.R.Q. 1964, c. 18, art. 4, alinéa 1.

16. *Loi sur le cinéma*, *supra*, note 9, art. 4.

17. *Loi du Protecteur du citoyen*, S.Q. 1968, c. 11, art. 12.

18. *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35, art. 109 et annexe D : « je... jure (ou affirme) solennellement et sincèrement que j'accomplirai fidèlement et honnêtement et au mieux de ma capacité et de mes connaissances les devoirs qui m'incombent (...) ». Au Québec : *Loi sur la fonction publique*, *supra*, note 13, annexe A.

19. *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 15.

20. *Loi sur la fonction publique*, *supra*, note 13, art. 108 ; R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 279 : cette obligation d'obéissance « repose sur l'idée que la fonction publique n'a d'abord qu'un rôle d'exécutant des politiques et des décisions préalablement établies par les gouvernements détenteurs du pouvoir politique ».

21. R. DUSSAULT, *supra*, note 12, pp. 433 et ss ; P. GARANT, avec la collaboration de M. MORIN, *La fonction publique canadienne et québécoise*, Québec, P.U.L., 1973, pp. 235-239.

22. *Supra*, note 2, p. 171 ; il s'agit de l'article 15 de la *Loi sur la radiodiffusion*, *supra*, note 5. Voir *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, p. 209 : « In one case it may be seen that the legislature while stating general objectives, is prepared

Dans l'affaire *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, on s'interrogeait sur la portée exacte des mots « manage, utilize and conserve the mineral resources of Saskatchewan »²³. Le juge de première instance donnait une signification restreinte au mot « manage » en limitant ce pouvoir à sa connotation matérielle²⁴. Il fut toutefois décidé en appel que le mot « manage » permettait l'adoption de politiques économiques²⁵. Cette approche plus large a été confirmée par la Cour suprême²⁶.

Quant à l'arrêt *Bertolotti and Minister of Housing*, il démontre qu'une autorité administrative peut posséder implicitement le pouvoir de se donner certaines règles de preuve :

There is no express provision in the *Public Inquiries Act, 1971* which requires the Commission to rule on the admissibility of evidence. Its power to make such rulings is implicit in s. 3 which places the conduct of and the procedure to be followed on an inquiry under its control and direction.²⁷

1.2.2. La situation et la responsabilité du supérieur

De par le poste qu'il occupe, le supérieur peut contrôler ses subordonnés dans l'exercice de leurs fonctions quotidiennes.

[...] le supérieur possède, à l'égard des actes du subordonné, les plus larges pouvoirs ; il peut les inspirer par ses instructions, ou même les dicter par ses ordres ; il peut, sous certaines réserves non négligeables, les réformer ou les annuler, non seulement pour des raisons d'illégalité, mais aussi lorsqu'il les juge inopportuns. Ces pouvoirs, le supérieur les possède de plein droit, sans qu'un texte soit nécessaire pour les lui attribuer ; ils sont inhérents à sa qualité et au rang qu'il occupe dans la hiérarchie.²⁸

L'arrêt *Re Gooliah and Minister of Citizenship* reconnaît au ministre de l'Immigration et à un haut fonctionnaire le pouvoir de donner des instructions²⁹. Nous savons, en effet, que les tâches imposées aux ministres

to concede a wide area to the authority it establishes: this will often be the case where the decision involves a degree of policy-making rather than fact-finding, especially if the authority is a department of government or the Minister at its head. »

23. [1977] 1 W.W.R. 487, infirmant (1976) 52 D.L.R. (3d) 7.

24. *Id.*, p. 510.

25. *Id.*, p. 511. Voir *Re Retmar Niagara Peninsula Developments Ltd.*, (1976) 58 D.L.R. (3d) 517, p. 530: « Under its enabling authority — “to fix and allot to persons quotas for the marketing of roosters on such basis as the local board considers proper” — the Chicken Board is implicitly empowered to formulate a particular quota allotment policy and then to proceed to implement it in individual decisions. »

26. *Central Canada Potash Co. v. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, p. 66.

27. (1977) 15 O.R. (2d) 617, p. 628.

28. J. RIVERO, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1977, n° 324.

29. (1967) 63 D.L.R. (2d) 225, p. 252.

et les pouvoirs qui leur sont conférés sont normalement exercés sous leur autorité par les fonctionnaires du Ministère³⁰. Il est donc bien normal qu'un ministre puisse diriger les fonctionnaires qui agissent en son nom.

Cette faculté appartient aussi à ceux qui occupent un poste d'administration « en qualité d'employés de l'État »³¹. Ainsi, à propos du pouvoir d'instruction conféré au commissaire des pénitenciers³², le juge Pigeon a déclaré :

Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur. Je suis convaincu qu'il aurait l'autorité d'établir ces directives même en l'absence d'une disposition législative expresse.³³

La loi établit parfois le lien entre la responsabilité attribuée à un poste et le pouvoir qui en découle de donner des instructions³⁴. Il en est de même quant au pouvoir d'adopter une politique ; par exemple, la *Loi de la Régie de l'assurance-maladie du Québec* définit ainsi les rapports entre cet organisme et le ministre qui en est responsable :

26. Le ministre peut, dans le cadre des responsabilités et pouvoirs qui lui sont conférés [...] émettre des directives portant sur les objectifs et l'orientation de la Régie dans l'exécution des fonctions qui lui sont confiées par la loi.

[...]

36. Le ministre des affaires sociales est chargé de l'application de la présente loi [...].³⁵

30. *Carltona Ltd. v. Commissioner of Works*, [1943] 2 All. E.R. 560, p. 563 ; *Ramawad v. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 R.C.S. 375, p. 381 ; *R. v. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238, p. 245 ; *Ahmad v. Commission de la fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644, p. 651. Voir aussi G. PEPIN et Y. OUELLETTE, *Précis de contentieux administratif*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1977, p. 135. Il s'agit là d'une exception à la règle suivante : « [...] where any sort of decision has to be made, it must be made by the authority designated by Parliament and by no one else » : H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 310.

31. *Martineau et Butters v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, *supra*, note 1, p. 129.

32. *Supra*, note 4.

33. *Martineau et Butters v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, *supra*, note 1, p. 129.

34. Par exemple : *Loi de la communauté urbaine de Montréal*, L.Q. 1969, c. 84, art. 26 : « Le comité exécutif est responsable de l'administration des affaires de la Communauté [...]. À ces fins, il peut, de sa propre initiative prendre toutes les mesures qu'il juge utiles et transmettre aux fonctionnaires de la Communauté les instructions appropriées. »

35. L.Q. 1969, c. 53, art. 26 et 36, modifié et ajouté par L.Q. 1978, c. 70, art. 9 et 10. On retrouve une disposition semblable à l'article 4 de la *Loi constituant la société québécoise d'initiative agro-alimentaire*, L.Q. 1975, c. 42.

Même sans autorisation législative, il faut reconnaître au gouvernement le pouvoir de définir pour l'administration les grandes orientations politiques, puisqu'il est le grand responsable de l'élaboration des politiques économiques et sociales³⁶.

Par ailleurs, un ministre est responsable de ses propres actions et omissions, ainsi que de celles de ses fonctionnaires³⁷. Dans *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, on a reconnu de ce fait au Secrétaire d'État à l'Intérieur, un pouvoir de donner des instructions :

He is responsible for the immigration control. [...] He must therefore, be able to lay down general policy and give guidances to his officers for their day-to-day tasks.³⁸

Pareillement, dans l'affaire *Re Cockings and University Hospital*, Cockings plaidait qu'il pouvait enfreindre les directives sans crainte d'aucune sanction disciplinaire³⁹. La Cour a rejeté cette prétention parce qu'un règlement conférait expressément un pouvoir d'établir des directives et parce que c'était le supérieur de Cockings qui était responsable devant les hautes autorités de l'hôpital.

2. Les caractéristiques de la directive

La directive est une norme de portée générale qui, bien que dénuée d'effet juridique direct, produit pourtant un effet réel sur les fonctionnaires et sur les administrés.

36. P. GARANT, « Le contrôle de l'Administration provinciale sur les administrations décentralisées au Québec » (1967) 8 *C. de D.* 175, p. 180; R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 84.

37. A.H. BIRCH, *Representative and Responsible Government*, London, 1964, pp. 140-141 : « The negative aspect of it is that civil servants are not answerable to Parliament for their actions. » De plus, si un fonctionnaire cause un dommage en appliquant une directive d'un ministre, c'est encore ce dernier qui est responsable : « [...] if the wrongful act is committed by a subordinate, at his behest, he [l'agent de la Couronne] is equally liable, not because the subordinate is his servant, but because the subordinate's act, in such a case, is his own act. » : *C.P.N. v. Langelier*, [1969] R.C.S. 60, p. 72. Toutefois, le fonctionnaire sera personnellement responsable s'il obéit aveuglément à une directive manifestement illégale : voir *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834, où il était question d'un ordre illégal.

38. [1969] 1 All. E.R. 904, p. 908; *Re Cruikshank*, (1976) 64 D.L.R. (3d) 420; J. JOWELL, « The Legal Control of Administrative Discretion », (1973) *Pub. L.* 178, p. 184 : « The first argument in favour of rules governing administrative discretion reflects a political philosophy that views as unacceptable the unlimited freedom of administrative decision-making, where the decision-maker is not subject to direct accountability to the electorate. Rules are thus seen as a means both of reducing the free exercise of discretion and of providing specific standards against which official decisions may be measured. »

39. *Supra*, note 10, p. 589.

2.1. Une norme de portée générale

L'étude de la situation de la directive dans l'ordre juridique, ainsi que de ses objets, nous permet de mieux comprendre en quoi la directive est une norme de portée générale.

2.1.1. Situation de la directive dans l'ordre juridique

Le pouvoir d'établir des directives n'est qu'un mode d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire⁴⁰. Mais qu'est-ce qu'un pouvoir discrétionnaire? Davis nous en donne une bonne définition : « A public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction »⁴¹.

Un certain pouvoir discrétionnaire est nécessaire à une application souple des règles de droit. Et sous un aspect plus « humain », on peut justifier ce pouvoir discrétionnaire par un besoin de créativité individuelle. Car comment est-il possible de s'intéresser à un travail où toutes les règles sont déjà déterminées et où rien n'est laissé à l'initiative et au jugement personnel⁴²? Ce besoin de créativité individuelle est souvent négligé dans les organisations bureaucratiques. Mais comme l'a remarqué le Protecteur du citoyen à propos des fonctionnaires, en faisant davantage confiance à leur jugement, on pourrait ainsi contribuer à aviver leur sens de la responsabilité et à améliorer leur rendement⁴³.

Toutefois, même si l'élément « discrétion » est nécessaire, il ne doit pas être illimité⁴⁴. Il est également important d'éviter l'attribution de tout

40. H.L. MOLOT, *supra*, note 3, p. 341.

41. K.C. DAVIS, *Discretionary Justice*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 4; W.J. ATKINSON, *supra*, note 3, p. 191 : « Hart estime que la discrétion est présente dans la mesure où la norme laisse ouverture à un choix dans son application »; *Pure Spring Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1946] Ex. C.R. 471, p. 479.

42. C.K. ALLEN, *Law and Orders*, 3^e éd., Londres, Stevens, 1965, p. 2; J. WILLIS, « Canadian Administrative Law in Retrospect » [1974] *U. of Toronto L.J.* 225, p. 236; J. JOWELL, *supra*, note 38, p. 193-194; H. ST-PIERRE, *La participation pour une véritable prise en charge responsable — approche psycho-sociologique*, Québec, P.U.L., 1975, 420 p. Voir aussi E.F. SCHUMACHER, *Small is Beautiful: A Study of Economics as if People Mattered*, Londres, Cox and Wyman Ltd., 1973, p. 262 : « [...] nobody likes to be ruled by rules, that is to say, by people whose answer to every complaint is : "I did not make the rules : I am merely applying them". »

43. Protecteur du citoyen, *Deuxième rapport annuel*, 1970, p. 139-140, no 223.

44. *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173, p. 179 : « [...] quand on dit que les autorités ont un pouvoir discrétionnaire, cette expression signifie qu'elles doivent agir conformément aux règles de la raison et de la justice et non suivant un point de vue personnel, suivant le droit et non suivant leur fantaisie. Il ne s'agit pas d'être arbitraire, vague ou fantaisiste mais juridique et régulier. Et il faut rester dans les limites auxquelles un homme honnête

pouvoir discrétionnaire inutile, d'énoncer des règles ou normes (que nous avons englobées sous le mot « directives ») pour structurer l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, et d'assujettir à divers contrôles les détenteurs de ce pouvoir. Telle est la thèse du célèbre ouvrage de K.C. Davis⁴⁵.

Un bonne dose de pouvoir discrétionnaire est cependant désirable dans les situations où il faut décider de cas qui ne se répètent pas⁴⁶. À ce sujet, Atkinson mentionne certains facteurs permettant de décider s'il est préférable de procéder par règlement ou plutôt par directives et décisions individuelles :

Les avantages et désavantages du recours à des règles deviennent alors d'autres facteurs qui influencent le processus. Il faut donc voir dans chaque situation si ce recours à une règle ou à un énoncé de la politique favorise la cohérence entre les objectifs et les décisions, l'évaluation de la décision, la planification du travail ou protège l'autorité de pressions indues. On pourrait au contraire estimer que le recours à la règle amènerait trop de rigidité dans le mécanisme décisionnel et favoriserait le légalisme.⁴⁷

Il faut aussi tenir compte de la quantité et de la complexité des décisions à rendre.

Nous venons de signaler l'importance d'éviter l'attribution de tout pouvoir discrétionnaire inutile. Un bon moyen pour y parvenir consiste pour l'autorité administrative à édicter certaines directives. Celles-ci lui permettront en outre d'agir de façon plus cohérente et plus efficace, en comblant le vide normatif laissé par la loi et les règlements⁴⁸. Ainsi, dans l'arrêt *National Cablevision v. Régie des services publics*, le juge affirmait que la Régie devait se conformer aux règlements du lieutenant-gouverneur en conseil, mais il ne

et apte à remplir ses fonctions devrait se tenir. » (Traduction de la Cour d'appel fédérale dans *Tanasie Lazarov v. Le Secrétaire d'État du Canada*, [1973] C.F. 927, p. 939). Voir aussi *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223, p. 229.

45. *Supra*, note 41.

46. W.J. ATKINSON, *supra*, note 3, p. 194; J. JOWELL, *supra*, note 38, pp. 202-203; K.C. DAVIS, *supra*, note 41, p. 17: « Even when rules can be written, discretion is often better. Rules without discretion cannot fully take into account the need for tailoring results to unique facts and circumstances of particular cases. The justification for discretion is often the need for individualized justice. This is so in the judicial process as well as in the administrative process. »

47. *Supra*, note 3, p. 199; J. JOWELL, *supra*, note 38, pp. 215-216: « What is gained in uniformity may be lost in flexibility; rules to prevent the arbitrary may encourage the legalistic; case-by-case adjudication may prevent comprehensive planning; rules that are advantageous to the administrator in shielding him from pressures and allowing the efficient and speedy dispatch of cases may offend the client who desires individually tailored justice. »

48. W.J. ATKINSON, *supra*, note 3, p. 215; L.L. JAFFE, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston and Toronto, Little, Brown and Co., 1965, p. 555.

voyait pas pourquoi la Régie n'aurait pas « le droit de statuer sur une matière non couverte par les règlements »⁴⁹.

Il est souvent difficile de distinguer un règlement d'une directive, un pouvoir législatif d'un pouvoir administratif⁵⁰. Par exemple, les « règlements intérieurs » du paragraphe 24(1) du projet de *Loi concernant les télécommunications au Canada* sont-ils de véritables règlements ? Ou doit-on plutôt les considérer comme des documents de régie interne dont les tiers ne pourraient pas se prévaloir. Ce paragraphe se lit ainsi :

24. (1) La Commission peut établir ses règlements intérieurs régissant
- a) la convocation de ses réunions ;
 - b) l'expédition des affaires au cours de ses réunions, l'établissement de comités spéciaux et de comités permanents, la délégation de pouvoirs et attributions à ces comités et la fixation du quorum requis pour leurs réunions ;
 - c) la publication de ses décisions, documents ou travaux s'y rapportant ;
 - d) la fixation des honoraires et des frais visés à l'article 18.⁵¹

On peut se poser la même question à propos des « ordres permanents » du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada⁵². Toutefois, rappelons qu'il faut se méfier de la terminologie employée car elle est souvent trompeuse⁵³.

Quelle est la situation de la directive dans l'ordre juridique, notamment par rapport à d'autres actes de l'Administration, tels le règlement et la décision particulière ?

49. Extrait du jugement non publié de la Cour supérieure, cité dans l'article de P. GARANT et H. GRENIER : « Réflexions sur l'acte réglementaire et quasi réglementaire », (1976) 17 C. de D. 515, p. 526.

50. *Magistrates of Kilmarnock v. Secretary of State for Scotland*, [1961] S.C. 350, p. 359 ; S.A. de SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 3^e éd., Londres, Stevens and Sons, 1973, p. 60. Par exemple, dans l'arrêt *Hydro Electric Commission of Mississauga v. City of Mississauga*, (1977) 13 O.R. (2d) 511, p. 525, on a même donné force de loi à une résolution municipale. Voir aussi la critique de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *National Cablevision v. Régie des services publics*, [1975] C.A. 335, par P. GARANT et H. GRENIER, *supra*, note 49.

51. Bill C-43, 2^e session, 30^e Législature, 1976-77, première lecture, 22 mars 1977 ; à noter que le texte anglais traduit « règlements intérieurs » simplement par « by-laws ». Voir également la *Loi sur la radiodiffusion*, *supra*, note 5, art. 13.

52. *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, c. R-9, par. 21(2). Voir *Danch v. Nadon*, [1978] 2 C.F. 484 (Cour d'appel fédérale).

53. G. PÉPIN et Y. OUELLETTE, *supra*, note 30, p. 17 ; *Troisième rapport du Comité spécial sur les instruments statutaires* (rapport McGuigan), Ottawa, 1969, p. 12. Par exemple, dans *Howarth v. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453, p. 473, le juge Pigeon a utilisé le mot « directive » pour faire référence à une obligation imposée par la loi.

« Le règlement est l'acte qui dispose par voie générale et impersonnelle, qui est édicté en vertu d'une délégation législative expresse et qui a force de loi »⁵⁴. La décision particulière, qu'il s'agisse de l'octroi d'un permis ou de la signature d'un contrat, par exemple, a pour but d'appliquer ou de préciser la loi dans une situation particulière⁵⁵.

La directive, elle, se situe entre le règlement et la décision particulière. Comme le règlement, elle revêt un caractère normatif, mais à la différence de celui-ci, elle n'a « aucune force juridique obligatoire »⁵⁶. L'autorité réglementante est elle-même liée par ses règlements⁵⁷; ce n'est pas le cas de l'autorité qui établit des directives. Le règlement s'applique à tous comme une injonction⁵⁸; tandis que l'autorité qui s'est munie d'une directive pourra, si le cas à l'étude le mérite, permettre une exception et ainsi ne pas appliquer la directive pour ce cas⁵⁹. La Cour suprême a exprimé cette règle ainsi :

But such a rule of practice is not and cannot be a rule of law binding on the Board as such and precluding the Board from departing from it when experience shows that the rule fails to take into account some factor which has been overlooked, or has not hitherto emerged, or where special circumstances require such a departure.⁶⁰

Le pouvoir réglementaire est habituellement assujéti à des formalités légales et politiques : approbation par le lieutenant-gouverneur en conseil et publication dans la *Gazette officielle*⁶¹. La directive, elle, n'est généralement pas soumise à des exigences de ce genre. Elle peut être émise rapidement et remplacée de la même façon selon les contingences de l'administration quotidienne. Sa grande qualité réside dans sa souplesse, sa malléabilité.

Si l'autorité administrative a le pouvoir de procéder par règlements et par décisions individuelles (et donc par directives), elle peut utiliser le moyen qu'elle préfère⁶². Cette discrétion est légitime car les règlements et les

54. P. GARANT et H. GRENIER, *supra*, note 49, p. 519.

55. R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 722.

56. P. GARANT, avec la collaboration d'H. GRENIER et Y. LEMOYNE, *La Commission des accidents du travail*, Université Laval, Québec, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, 1976, p. 75.

57. *Ex parte Forster*, (1963) 63 S.R. (N.S.W.) 723, 731 : « All regulations made by a corporate body, and intended to bind not only themselves and their officers and servants, but members of the public who come within the sphere of their operation, may be properly called "by-laws". »

58. J. JOWELL, *supra*, note 38, p. 197. Comme l'indique H.L. MOLOT, *supra*, note 3, p. 312, par le règlement, l'autorité administrative « limits the area in which it would otherwise have the authority to adjudicate ».

59. Voir *infra*, notes 183-185.

60. *Canadian National Railway v. Bell Telephone Co.*, [1939] R.C.S. 308, pp. 318-319.

61. P. GARANT, *supra*, note 56, p. 66.

62. H.W.R. WADE, *supra*, note 30, p. 321 : « [...] but where both powers are conferred by the same statute it is reasonable to allow the minister to choose between them; and it is,

directives sont normalement édictés par des spécialistes du domaine ; ceux-ci connaissent les besoins et les exigences de ce qu'ils administrent et de ceux qu'ils dirigent. Notons que le Protecteur du citoyen du Québec est déjà intervenu pour assurer un meilleur équilibre entre ces deux façons de procéder⁶³. Toutefois, nous croyons, comme Atkinson⁶⁴ et Molot, que l'autorité administrative devrait procéder autant que possible par règlements :

This, of course, is a consequence perhaps more in tune with Canadian constitutional theory which in recognizing the supremacy of the legislative arm of government gives credence to the paramountcy of rule making over adjudication.⁶⁵

2.1.2. Objet de la directive

Nous avons déjà donné un aperçu de l'objet de la directive. La consultation des dictionnaires nous permet de le préciser. Ainsi, dans le *Petit Robert* on peut lire au mot « directive » : « Indication, ligne de conduite donnée par une autorité ». Dans le *Robert* en six volumes, le mot « instructions » est défini ainsi : « [...] explications verbales ou écrites définissant le but à atteindre et la méthode à suivre, à l'usage de la personne chargée de quelque entreprise, de quelque mission ». Et dans le *Webster's New Collegiate Dictionary*, on donne au mot « directive » la définition suivante : « serving or intended to guide, govern, or influence ». Voilà pour le sens naturel du terme.

Une directive sert donc soit à guider, soit à diriger celui qui exerce le pouvoir discrétionnaire. Il n'est pas toujours clair qu'une directive sert à guider plutôt qu'à diriger, ou vice versa. Par exemple, dans l'arrêt américain *State ex rel. Johnson v. Tilley*⁶⁶, on s'interrogeait sur l'interprétation à donner au passage suivant de la loi : « not more than the sum of \$9 000, to be expended under the direction of the Attorney general ». La Cour a jugé que le rôle du Procureur général était réellement de diriger et non simplement de guider.

L'arrêt anglais *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade* nous montre la nécessité d'interpréter chaque mot dans son contexte, et souligne la distinction entre les mots « guider » et « diriger » :

indeed, his duty to decide every case as he believes the public interest requires at the time ». Les tribunaux américains ont aussi reconnu ce pouvoir de choisir : *U.S. v. Stores Broadcasting Co.*, 351 U.S. 192 (1955); *F.P.C. v. Texaco Inc.*, 377 U.S. 33 (1964). Concernant la terminologie, notons la mise en garde d'H.L. MOLOT, *supra*, note 3, p. 314 : « [...] our legislative act corresponds to American rule making ».

63. Protecteur du citoyen, *Quatrième rapport annuel*, 1972, pp. 42 et 61.

64. *Supra*, note 3, p. 207.

65. H.L. MOLOT, *supra*, note 3, p. 315.

66. 288 N.W.R. 521 (1939). Voir aussi K.C. DAVIS, *supra*, note 41, p. 215.

I can find no words in s. 3(2) supporting the Attorney-General's submission that « guidance » should be construed as having the same meaning as « direction » and that the guidance given under s. 3(2) can provide for setting aside any of the statutory objectives in s. 3(1). The two words are so different. The word « guidance » has the implication of leading, pointing the way, whereas « direction » even today echoes its Latin root of *regere*, to rule. When the Secretary of State exercises his statutory powers to direct he does indeed rule. He is in command : he is more than a guide.⁶⁷

2.1.2.1. Guider

L'autorité administrative titulaire du pouvoir discrétionnaire peut se munir de directives pour se guider. Cela favorise une administration plus équitable car les décisions arbitraires et injustes sont dues principalement à un manque de règles générales pouvant être utilisées dans la mise en œuvre des politiques⁶⁸. Dans l'arrêt *Capital Cities Communications v. C.R.T.C.*, la Cour suprême a reconnu l'utilité des directives :

Sous le régime de réglementation établi par la *Loi sur la radiodiffusion*, il est dans l'intérêt des titulaires éventuels de licences et du public d'avoir une politique d'ensemble.⁶⁹

Le principal avantage des directives est de permettre à une autorité administrative d'établir certaines normes quand elle ne possède aucun pouvoir réglementaire. De plus, celles-ci rendent possible l'économie de ressources intellectuelles par le fait que chaque cas n'est pas décidé isolément

67. [1977] 2 All. E.R. 182, p. 208. Dans l'affaire *Epp v. Krahn*, [1977] 2 W.W.R. 551, on a utilisé cette nuance pour interpréter un règlement ; on se demandait si le défaut d'envoyer un avis dans le délai prescrit par les règlements était une cause suffisante pour entraîner une perte de juridiction. Le requérant n'en avait subi aucun préjudice. Le juge commença par dire « Considering the scope and purpose of the concerned legislation... » (p. 556) et il conclut « that the regulation touching notice must be construed as directory, not imperative » (p. 556) ; voir aussi *In re la Loi sur l'immigration et in re Patrick Vincent McCarthy*, [1979] 1 C.F. 128, p. 130.

68. E.U. LONG, « Arbitrary Administrative Decision : the Need for Clearer Congressional and Administrative Policies », 47 *Neb. L.R.* 459, pp. 464-465 (1968) ; K.C. DAVIS, *supra*, note 41, p. 215.

69. *Supra*, note 2, p. 171. Voir aussi *British Oxygen v. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610, p. 625 : « Cependant un ministère ou organisme important peut avoir déjà eu à traiter d'un grand nombre de demandes similaires et, dans ce cas, aura sans doute élaboré une politique tellement précise qu'on pourrait bien l'appeler règle ». (Traduction de la Cour d'appel fédérale dans *In re Capital Cities Communications Inc.*, [1975] C.F. 18, p. 27). *Sagnata Investments Ltd. v. Norwich Corporation*, [1971] 2 Q.B. 614, p. 626. Le poids de la directive devient alors comparable à celui de la jurisprudence des organismes administratifs : *N.L.R.B. v. Wyman-Gordon Company*, 394 U.S. 759, 766 (p. 1429) : « Adjudicated cases may and do, of course serve as vehicles for the formulation of agency policies, which are applied and announced therein [...]. They may serve as precedents » ; H.L. MOLOT, *supra*, note 3, p. 323.

des autres, mais selon certaines normes communes⁷⁰. Les directives sont surtout nécessaires dans les domaines où les décisions à rendre sont très nombreuses car elles favorisent alors une administration plus rapide et plus efficace⁷¹.

Les directives permettent aussi de réduire d'éventuelles pressions politiques, car moins un pouvoir discrétionnaire est étendu et plus il est structuré, moins il est susceptible d'être influencé⁷².

Les directives guident l'autorité administrative dans les décisions individuelles qu'elle a à rendre. Elles rendent possible un ensemble de décisions qui forment une structure cohérente, ce qui est excellent⁷³. En effet, puisque notre système politique est fondé sur la primauté de la loi et que les pouvoirs de l'Administration lui sont délégués par des lois du Parlement, « le citoyen s'attend à ce que ces pouvoirs soient exercés conformément à certains principes qui se rattachent à l'application de règles de droit »⁷⁴. Or un important aspect du principe de légalité est le suivant : « (...) law should provide like treatment under like circumstances »⁷⁵. La directive permet l'application de ce principe en structurant et en guidant le plus possible le pouvoir discrétionnaire⁷⁶. Comme le souligne Smith, cela rendrait légitime une certaine partialité administrative :

It might have said that whilst the justices must not treat an individual application as a *chose jugée*, they are not obliged to act with the unblemished open-mindedness of the ideal judge, and that as members of an administrative tribunal concerned with the formulation and application of standards of policy it is enough in some cases for them to keep their minds ajar.⁷⁷

70. J. JOWELL, *supra*, note 38, p. 191; et à la p. 190 : « Rules to guide decisions will often be welcomed as a device to conserve official resources of energy and intellect, and to protect officials from undue tensions and pressures. »

71. *Id.*, p. 190 : « Mass transactions almost always require routinised treatment. Decisions upon the merits of each case do novo would in many situations prove an insupportable burden upon administrative time. »

72. *Id.*, p. 191.

73. D.J. GALLIGAN, *supra*, note 3, p. 335; G.O. ROBINSON, « The Making of Administrative Policy: Another Look at Rule-making and Adjudication and Administrative Procedure Reform », 118 *U. Pa. L.R.* 485, pp. 505-506 (1970); *Troisième rapport du Comité spécial sur les instruments statutaires*, *supra*, note 53, p. 25.

74. W.J. ATKINSON, *supra*, note 3, pp. 195-196.

75. H.J. FRIENDLY, « The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards », 75 *Harv. L.R.* 863, p. 878 (1962); J. JOWELL, *supra*, note 38, p. 185; Protecteur du citoyen, *Quatrième rapport annuel*, 1972, p. 195, no 323 : « [...] la justice administrative la plus élémentaire, qui se doit d'éviter l'inégalité de traitement et l'arbitraire, ne saurait se passer de normes élaborées à partir de communs dénominateurs. »

76. K.C. DAVIS, *supra*, note 41, p. 221.

77. S.A. de SMITH, « Policy and Discretion in Licensing Functions », (1952) 15 *Mod. L.R.* 73, p. 74.

2.1.2.2. Diriger

Certaines directives seront plus impératives. Celles-ci peuvent provenir du pouvoir d'un ministre de donner des directives aux fonctionnaires qui agissent en son nom⁷⁸. Rappelons que ce pouvoir peut également être donné expressément par la loi⁷⁹.

La directive est impérative lorsque celui qui la reçoit s'expose à des sanctions disciplinaires s'il ne la respecte pas⁸⁰.

Il faut, quant au caractère impératif de la directive, distinguer entre le cas où la loi habilite simplement, de manière implicite ou expresse, l'autorité administrative à établir des directives, et le cas où la loi renferme en outre une disposition exigeant que celui qui reçoit la directive s'y conforme. La distinction est importante, car dans le premier cas il n'est pas certain que les tiers pourront se prévaloir de la directive. Ainsi, dans l'affaire *Martineau et Butters v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*⁸¹, une directive prévoyait que le prévenu ait « la possibilité de dire tout ce qu'il avait à dire pour sa défense » ; cette exigence n'avait pas été respectée. Les détenus ne pouvaient malheureusement pas s'en prévaloir. Le juge Pigeon a fait une distinction entre les deux genres de directives que nous avons indiqués :

Il est, à mon avis, important de distinguer les devoirs imposés aux employés de l'État par une loi ou un règlement ayant force de loi, des obligations qui leur incombent en qualité d'employés de l'État. [...] Les directives du commissaire ne sont rien de plus que des instructions relatives à l'exécution de leurs fonctions dans l'institution où ils travaillent.⁸²

La *ratio decidendi* de cet arrêt consiste en ceci : le recours sous l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁸³ est impossible parce que la décision disciplinaire rendue par le Comité n'était pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Quatre juges ont décidé que la décision disciplinaire n'était pas « légalement » soumise à un tel processus ; et

78. Voir *supra*, note 30.

79. Par exemple, le paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, *supra*, note 4.

80. Voir *supra*, notes 19-21.

81. *Supra*, note 1.

82. *Id.*, pp. 129-130. H.L. MOLOT, *supra*, note 3, p. 317 : « But such instructions, on the other hand, may find no legislative sanction at all or be accompanied by permissive rather than mandatory language. »

83. S.R.C. 1970, (2^e Suppl.), c. 10, art. 28 : « 28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral... »

un autre juge considérait que la décision n'était pas soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

L'arrêt *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration v. Hardayal* de la Cour suprême, du 17 mai 1977, envisageait la possibilité d'un recours en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁸⁴ à l'encontre d'une autorité administrative si celle-ci manquait à son devoir d'agir « équitablement et pour des motifs légitimes »⁸⁵.

Le 8 novembre 1977, la Cour fédérale, Division de première instance, rendait le jugement *Magrath v. R.*⁸⁶. Le paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*⁸⁷ était encore en cause. Le requérant avait reçu une sanction disciplinaire sans pouvoir répondre aux allégations portées contre lui, contrairement à la directive n° 213. Il a alors intenté une action pour obtenir un jugement déclaratoire en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les passages pertinents de l'arrêt sont les suivants :

Bien que la directive n° 213 du commissaire n'ait pas force de loi, elle fournit, à mon avis, un guide à cette cour pour déterminer si la procédure suivant laquelle le comité de discipline est parvenu à sa décision a été équitablement exécutée.

[...]

Dans le cas du demandeur, les instructions raisonnables visant à assurer l'équité ont été négligées. [...] À mon avis le tribunal a agi de façon injuste.⁸⁸

Mais le 17 mars 1978, dans la seconde affaire *Martineau*, la Cour d'appel fédérale jugeait qu'un *certiorari* sous l'article 18 ne pouvait pas être émis à l'encontre de la décision disciplinaire parce que celle-ci était, selon la Cour, d'une nature purement administrative. Ce jugement nous laisse songeur, d'autant plus qu'on peut lire ceci en annexe :

Toutefois, il y a des ministres et des fonctionnaires qui détiennent des pouvoirs purement administratifs non assujettis à un examen judiciaire. Ces personnes doivent également exercer leurs pouvoirs de façon équitable et juste parce qu'ils agissent au nom du public ; mais elles sont comptables, non pas aux tribunaux, mais à leurs supérieurs ou au corps législatif pertinent. Ces personnes ne sont pas tenues d'agir selon un processus quasi judiciaire.⁸⁹

84. *Idem*, art. 18 : « 18. La Division de première instance a compétence exclusive en première instance a) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral ; et b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

85. [1978] 1 R.C.S. 470, p. 479.

86. [1978] 2 C.F. 232.

87. *Supra*, note 4.

88. *Supra*, note 86, pp. 247-248.

89. *Comité de discipline de l'Institution de Matsqui v. Martineau* (n° 2), [1978] 2 C.F. 637, p. 641 ; infirmant [1978] 1 C.F. 312. Voir aussi *Bhadauria v. Ministre de la Main-d'œuvre*

Ce passage ressemble à une affirmation de la Cour suprême dans le célèbre arrêt *Calgary Power Ltd. v. Copithorne* :

His decision is as a Minister of the Crown and, therefore, a policy decision, taking into account the public interest, and for which he would be answerable only to the Legislature.⁹⁰

Pourtant la Cour suprême, dans l'arrêt *Hardayal*, avait précisé que le ministre devait agir équitablement et qu'un manquement à cette obligation pouvait donner lieu à un recours sous l'article 18. De plus, la situation du commissaire des pénitenciers est bien différente de celle d'un ministre qui, lui, assume une véritable responsabilité politique. Les décisions du commissaire sont simplement de nature interne et, par conséquent, ne mettent pas en cause une très grande responsabilité politique ; les tribunaux devraient être en mesure d'intervenir davantage. La question déterminante est celle-ci : le défaut de respecter une directive du commissaire prévoyant l'application de la règle *audi alteram partem* est-il un manquement au devoir d'agir équitablement ? Nous aimons croire que, comme dans l'arrêt *Magrath v. R.*⁹¹, une telle directive pourrait aider les tribunaux à déterminer si une décision a été rendue avec équité. À la suite d'autres commentateurs, il faut constater l'incompatibilité du jugement de la Cour d'appel fédérale dans la seconde affaire *Martineau* avec la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Hardayal*⁹².

Nous croyons toutefois que le débat à ce sujet a été clos par le jugement de la Cour suprême du 3 octobre 1978 dans l'affaire *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*⁹³. Le juge en chef Laskin, au nom d'une majorité de cinq juges sur quatre, a indiqué qu'une décision purement administrative peut faire l'objet d'une révision judiciaire :

et de l'Immigration, [1978] 1 C.F. 229, où on a jugé qu'une décision purement administrative d'un fonctionnaire à l'immigration « n'est pas sujette à révision judiciaire ou autre, si ce n'est par le Ministre » (p. 232); la Cour utilisait là les mots mêmes du juge Abbott dans *Gana v. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1970] R.C.S. 699, p. 712.

90. [1959] R.C.S. 24, p. 33 ; toutefois, nous croyons que ce passage de la Cour suprême signifie simplement que les tribunaux ne pourront pas contrôler l'opportunité des décisions du ministre ; la situation est différente quand la légalité d'une décision est en cause : voir *infra*, notes 200-209 ; *Re Silverberg and Board of Commissioners of Police for the City of Toronto*, [1937] O.R. 528, p. 533. Il est intéressant de noter que les tribunaux britanniques ont jugé que la prérogative royale, pouvoir essentiellement politique, pouvait être contrôlée par les tribunaux comme tout pouvoir discrétionnaire de l'Administration : *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade*, *supra*, note 67. Voir aussi *Les exécuteurs testamentaires de la succession Woodward v. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120, où le ministre détenait un pouvoir discrétionnaire absolu.

91. *Supra*, note 86.

92. J.H. GREY, « Discretion in Administrative Law », (1979) 17 *Osgoode Hall L.J.* 107, p. 122.

93. [1979] 1 R.C.S. 311.

On doit le traiter « équitablement » et non arbitrairement. J'accepte donc aux fins des présentes et comme un principe de *common law* ce que le juge Megarry a déclaré dans *Bates v. Lord Hailsham*, à la p. 1378 : [TRADUCTION] « dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement.⁹⁴

Le jugement de la Cour d'appel fédérale dans la seconde affaire *Martineau*⁹⁵ nous semble aussi mal fondé en droit pour un autre motif. En résumé, le raisonnement de la Cour d'appel fédérale est le suivant : le bref de *certiorari* prévu à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut être émis qu'à l'encontre d'une décision qui est soit de nature judiciaire, soit soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire ; or, la décision en l'espèce n'est pas, selon le premier arrêt *Martineau*⁹⁶ de la Cour suprême, une décision qui doit être rendue selon un processus quasi judiciaire ; donc, la Cour ne peut émettre de *certiorari* à l'encontre de cette décision. La deuxième prémisse de ce raisonnement nous semble erronée. En effet, dans le premier arrêt *Martineau* de la Cour suprême, une majorité de huit juges sur neuf a décidé qu'une telle décision est assujettie à un processus quasi judiciaire. Le juge Laskin, avec l'appui de trois juges, a adopté cette position dans les termes suivants : « Point n'est besoin de citer la jurisprudence pour souligner le fait que ces directives établissent un processus judiciaire ou quasi judiciaire pour l'audition d'accusations d'infraction grave ou manifeste. »⁹⁷ Le juge Pigeon, avec l'appui de trois autres juges, en est arrivé à la même conclusion. Il a cité les motifs du juge en chef Jakkett de la Cour d'appel fédérale, selon qui les décisions en l'espèce n'étaient pas soumises à un processus quasi judiciaire, bien qu'elles doivent être rendues avec équité et justice⁹⁸. Ce à quoi il a répondu : « En toute déférence, je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle la directive no 213 exige simplement qu'une décision de nature disciplinaire, comme l'ordonnance contestée, soit rendue avec équité et justice. »⁹⁹ Le juge

94. *Idem*, p. 324 ; la référence du jugement *Bates v. Lord Hailsham* est [1972] 1 W.L.R. 1373. Il est intéressant de noter que, dans ce jugement de la Cour suprême, le devoir d'agir équitablement semble se confondre avec l'obligation d'agir de façon quasi judiciaire ; on sait que cette dernière obligation exige le respect de la règle *audi alteram partem*. Ainsi on peut lire ceci à la p. 328 : « À mon avis, on aurait dû dire à l'appelant pourquoi on avait mis fin à son emploi et lui permettre de se défendre, oralement ou par écrit au choix du comité. » Ce devoir d'agir de façon équitable a été reconnu unanimement par la Cour suprême dans son jugement sur la seconde affaire *Martineau* : *Martineau v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui* (no 2), 13 déc. 1979.

95. *Supra*, note 89.

96. *Supra*, note 1.

97. *Id.*, p. 121.

98. *Martineau et Butters v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1976] 2 C.F. 198, pp. 210-211. Ce passage est cité par le juge Pigeon dans *Martineau et Butters v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, *supra*, note 1, pp. 126-127.

99. *Supra*, note 1, p. 127.

Pigeon a ainsi reconnu implicitement que les décisions en cause étaient assujetties à un processus quasi judiciaire.

À notre avis, on pouvait conclure de ces deux thèses que la Division de première instance de la Cour fédérale avait compétence pour émettre un *certiorari* à l'encontre de telles décisions. Cette conclusion nous semble d'ailleurs indiscutable depuis le jugement de la Cour suprême dans la seconde affaire *Martineau*, en date du 13 décembre 1979 : on y a jugé que la Division de première instance a compétence pour émettre un *certiorari* à l'encontre d'une autorité administrative qui a manqué à son devoir d'agir de façon équitable^{99a}.

Nous avons mentionné l'existence de deux genres de pouvoir d'établir des directives impératives. Le premier consiste, comme nous l'avons vu, en une simple habilitation expresse ou implicite. Dans le deuxième cas, le pouvoir d'établir des directives est exprès et la loi renferme en outre une disposition exigeant que celui qui reçoit la directive s'y conforme¹⁰⁰, ces directives constituent alors des « devoirs imposés aux employés de l'État par une loi ou un règlement ayant force de loi »¹⁰¹. Le pouvoir d'établir des directives le plus impératif que nous ayons trouvé est édicté en ces termes :

- (8) Le Ministre peut émettre toutes instructions qu'il estime nécessaires pour donner effet aux recommandations de la commission. Toutes instructions établies par le Ministre selon le présent paragraphe sont définitives et péremptoires. Elles ne peuvent être mises en question ni révisées.
- (9) Toute personne à l'égard de laquelle des instructions sont établies aux termes du présent article doit s'y conformer.¹⁰²

2.2. Une norme dénuée d'effet juridique direct

La deuxième grande caractéristique de la directive c'est qu'elle n'a pas d'effet juridique direct. Cela ne comprend pas, bien sûr, les directives dont la loi prévoit expressément qu'elles doivent être respectées. Ainsi, en principe la

99a. *Martineau v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, C.S.C., 13 décembre 1979.

100. En voici plusieurs exemples : *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, S.R.C. 1970, c. A-9, par. 4(5); *Loi sur l'Administration de la Voie maritime du St-Laurent*, S.R.C. 1970, c. S-1, art. 21; *Loi d'urgence sur les approvisionnements d'énergie*, S.C. 1973-74, c. 52, art. 10; *Loi constituant la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires*, *supra*, note 35, art. 4; *Loi amendant la Loi nationale des transports*, Bill C-33, 2^e session, 30^e Législature, 1976-77, 1^{re} lecture, 27 janvier 1977, art. 21(1); *Loi concernant les télécommunications au Canada*, *supra*, note 51, art. 21(1).

101. *Martineau et Butters v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, *supra*, note 1, p. 129.

102. *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1, par. 6(8) et (9).

directive n'a pas force de loi. Le législateur qualifie parfois le pouvoir qu'il confère de façon à éviter des recours devant les tribunaux¹⁰³.

Comme le souligne Fortin dans son étude sur la régulation du commerce des valeurs mobilières : « À la différence du règlement, la directive ne lie pas l'autorité qui l'a édictée. »¹⁰⁴ Cet auteur mentionne avec raison que la Commission des valeurs mobilières est consciente de l'état du droit à ce sujet ; il fait référence à l'énoncé de politique n° 8 contenu dans le Bulletin hebdomadaire de la Commission (30 mars 1976) :

Un énoncé de politique sert uniquement de guide et ne lie pas la Commission ni le directeur général qui conservent leurs pouvoirs discrétionnaires ; tout cas exceptionnel sera soigneusement étudié [...] ¹⁰⁵.

L'étude de l'arrêt *Martineau et Butters v. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*¹⁰⁶ nous démontre l'existence de divergences d'opinions concernant la nature juridique d'une certaine directive. Dans cet arrêt, la Cour suprême s'est divisée également à propos de la nature juridique d'une règle de procédure appelée « directive ». Celle-ci avait été établie en vertu du paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*¹⁰⁷.

Le juge Laskin, avec l'appui des juges Martland, Spence et Dickson, était d'avis que cette directive avait été établie conformément à la loi et devait, en conséquence, être suivie par les autorités pénitenciaires¹⁰⁸. Considérant la définition de « règlement » que nous avons suivie précédemment¹⁰⁹,

103. Par exemple, dans le *Racing Commission Act*, R.S.O. 1960, c. 342, art. 15 : « Rules [...] may be promulgated [...] and [...] shall be deemed to be of an administrative and not of a legislative nature. » Cet article était en cause dans l'affaire *Kingston v. Ontario Racing Commission*, (1965) 49 D.L.R. (2d) 395. Un tel article évite toute confusion. Dans *Blackpool Corporation v. Locker*, [1948] 1 K.B. 349, p. 368, on avait qualifié de « delegated legislation » un simple pouvoir de directive ; cette façon de voir a par la suite été rectifiée par *Lewisham Borough Council v. Roberts*, [1949] 2 K.B. 608.

104. *Supra*, note 12, p. 42 ; *Sirois v. Université du Québec à Montréal*, [1974] C.S. 26 ; *Pillai v. City Council of Singapore*, [1968] 1 W.L.R. 278 ; *R. v. Rossi*, [1974] 1 C.F. 531. Voir aussi *Commission scolaire régionale de Chambly v. Procureur général de la Province de Québec*, [1977] C.S. 143, p. 145 : « La directive du ministre de l'éducation mérite respect, cela va sans dire, mais l'opinion du ministre n'a d'autre valeur que celle d'une opinion ». Il est intéressant de noter que plusieurs arrêts n'attribuaient déjà aux directives aucun effet juridique lorsque celles-ci n'avaient pas été établies « dans l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi » : voir *Demers v. Procureur général du Canada*, [1974] 1 C.F. 270, p. 274 ; *E.T. Terrazzo Tuile Marbre Ltée v. Vermont Construction Inc.*, [1972] C.S. 223, p. 226 ; *Sarachman v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1974] R.L. 462, p. 470.

105. H.L. FORTIN, *supra*, note 12, p. 76, note 93a.

106. *Supra*, note 1.

107. *Supra*, note 4.

108. *Supra*, note 1, p. 121.

109. Voir *supra*, notes 54, 56, 57, 58.

la position du juge Laskin équivaut à donner force de loi à cette directive et, en fait, c'est la position qu'il semble avoir adoptée.

D'autre part, le juge Pigeon, avec l'appui des juges Ritchie, Beetz et de Grandpré, était d'avis que les directives établies en vertu du paragraphe 29(3) sont nettement de nature administrative et non législative bien qu'elles soient autorisées par la loi¹¹⁰.

Quant au juge Judson, il s'est dit d'accord avec les motifs de jugement du juge en chef Jakkett de la Cour d'appel fédérale¹¹¹; ce dernier ne s'était pas prononcé sur la nature juridique des directives¹¹².

Le juge Laskin a fait la distinction entre les directives concernant la régie interne et celles concernant la procédure, même si ces dernières sont également « internes ». Il reconnaissait que plusieurs des directives établies en vertu du paragraphe 29(3) sont simplement de nature administrative :

Il est évident que la *Loi sur les pénitenciers*, même au par. 29(3), habilite le commissaire à établir des règles et directives sans que les détenus aient aucun recours pour assurer leur observation. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les directives doivent nécessairement être qualifiées de purement administratives ou, comme l'a déclaré le tribunal d'instance inférieure, de règles d'administration dont les détenus ne peuvent exiger l'observation.

Nous avons indiqué précédemment l'existence de trois genres de directives : les instructions qu'un supérieur donne à un subalterne et les règles de régie interne, les règles de procédure et de preuve, les énoncés de politique. À ce stade-ci de notre étude, nous sommes en mesure d'énoncer certaines conclusions sur la nature juridique de ces divers types de directives. Premièrement, si l'autorité administrative établit des directives sans l'existence d'aucune habilitation expresse à ce sujet, il s'agit alors vraiment de directives et celles-ci n'ont pas force de loi. Deuxièmement, si l'autorité administrative a reçu expressément le pouvoir de donner des instructions à ses subalternes, d'établir des règles pour sa régie interne, ou encore d'émettre des énoncés de politique, ces actes sont aussi de simples directives. Troisièmement, nous croyons que les règles de procédure et de preuve établies en vertu d'une habilitation expresse par certains organismes quasi judiciaires sont de véritables règlements et ont, par conséquent, force de loi¹¹⁴. Finale-

110. *Supra*, note 1, p. 129.

111. *Id.*, p. 125.

112. *Supra*, note 98, p. 211 : le juge Jakkett a jugé que « les décisions de nature disciplinaire en question [...] ne constituent pas des décisions soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire au sens de ces termes à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. »

113. *Supra*, note 1, p. 122. Voir aussi *Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131, p. 149.

114. Par exemple : *Loi de la Commission des affaires sociales*, L.Q. 1974, c. 39, art. 32; *Loi de la Régie des services publics*, S.R.Q. 1964, c. 229, art. 42.

ment, si l'autorité administrative est expressément habilitée à édicter des règlements pour tel ou tel objet, ces règlements ne sont évidemment pas de simples directives.

À propos des règles de procédure et de preuve mentionnées en troisième lieu, nous avons indiqué que, pour être considérées comme des règlements, celles-ci doivent être établies en vertu d'une habilitation expresse par « certains » organismes quasi judiciaires. Pourquoi « certains » ? Parce que huit juges de la Cour suprême se sont partagés également concernant la nature juridique d'une règle de procédure établie en vertu du paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*¹¹⁵. Ce paragraphe porte surtout sur des matières non procédurales et de régie interne. Nous croyons que le juge Pigeon en jugeant que ces règles de procédure sont simplement de nature administrative, n'a pas voulu reconnaître l'existence, dans un même paragraphe, de directives qui seraient administratives ou législatives selon leur objet.

La situation de certains organismes quasi judiciaires est différente. La Commission des affaires sociales du Québec en est un exemple. Tout d'abord, c'est la Commission qui établit ses propres règles de procédure, sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil¹¹⁶; tandis que les règles de procédure du Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui sont édictées par le commissaire des pénitenciers. De plus, la Commission des affaires sociales tient des enquêtes et audiences mettant en cause les droits et les intérêts de tous les citoyens qui ont recours à elle; tandis que le commissaire des pénitenciers peut davantage être considéré comme un administrateur dont les directives, même celles à caractère procédural, ne concernent que les personnes qui travaillent dans les pénitenciers et celles qui y sont détenues.

On peut retrouver des directives dans certaines circulaires. Dans l'affaire *Pioneer Laundry and Dry Cleaners Ltd. v. M.N.R.*, les appelants s'appuyaient sur le contenu de certaines circulaires du ministère du Revenu national disponibles au public. Le Conseil privé d'Angleterre a répondu à cet argument comme ceci :

115. *Supra*, note 4.

116. *Loi de la Commission des affaires sociales*, *supra*, note 114, art. 32 : « 32. La majorité des membres de la Commission peuvent, à une assemblée convoquée à cette fin par le président, édicter par ordonnance des règles de preuve, de procédure et de pratique applicables à la conduite des instances devant la Commission. Ces règles peuvent être différentes suivant qu'elles s'appliquent à une division ou l'autre de la Commission. Toute ordonnance adoptée en vertu du présent article doit être approuvée par le lieutenant-gouverneur en conseil et, si elle est ainsi approuvée, elle entre en vigueur trente jours après la date de sa publication dans la *Gazette officielle du Québec*. »

[...] these departmental circulars are for the general guidance of the officers and cannot be regarded as the exercise of his statutory discretion by the respondent in any particular case.¹¹⁷

Tel était l'état de la jurisprudence jusqu'à l'arrêt *Harel v. Sous-ministre du Revenu de la Province de Québec* de la Cour suprême. Le juge De Grandpré, au nom de la Cour ajouta un *obiter dictum* à propos des circulaires interprétatives des lois fiscales. Étant donné son importance, nous nous permettons d'en citer de larges extraits :

Si j'avais le moindre doute à ce sujet, je conclurais quand même en faveur de l'appelant en m'appuyant sur la politique administrative de l'intimé. Évidemment, cette politique administrative ne saurait être prise en considération si elle allait à l'encontre du texte de la Loi.

[...]

C'était là la situation en 1954 lorsque fut adoptée la loi provinciale calquée de près sur la loi fédérale. À cette époque, le législateur provincial non seulement connaissait le texte de l'article 36(1) de la loi fédérale mais il en connaissait aussi, sans aucun doute, l'interprétation administrative acceptant que les contribuables dans la situation de M. Harel puissent invoquer l'étalement de l'article.

[...]

À cette époque, l'interprétation administrative de la loi provinciale était conforme à l'interprétation administrative de la loi fédérale, de sorte qu'en 1965 un cas semblable à celui de l'appelant aurait été décidé en sa faveur. Cette interprétation administrative fut maintenue jusqu'en 1968; pour des raisons qui n'ont pas été expliquées, le ministère fit alors volte-face.

Encore une fois je n'affirme pas que l'interprétation administrative puisse aller à l'encontre d'un texte législatif clair mais dans une situation comme celle que je viens d'esquisser, cette interprétation a une valeur certaine et, en cas de doute sur le sens de la législation, devient un facteur important.¹¹⁸

Par ailleurs, la Cour suprême a déjà déclaré qu'une simple circulaire ne constitue pas un règlement ¹¹⁹.

117. [1939] 4 D.L.R. 481, p. 484; *Hearn Bros. Lumber Co. v. M.N.R.*, (1949-50) 50 D.T.C. 467, p. 469; *Woon v. M.N.R.*, [1950] C.T.C. 263, p. 273. Cependant, en 1972, la Commission de révision de l'impôt décidait qu'un citoyen pouvait exiger l'application d'une circulaire: *Bowen v. M.N.R.*, (1972) 72 D.T.C. 1161 et *Walker v. M.N.R.*, (1972) 72 D.T.C. 1167; mais ces deux décisions ont été écartées par *Stickel v. M.N.R.*, [1972] C.F. 672, p. 684: « En réalité, ce bulletin d'information n'est rien de plus que l'interprétation que fait le Ministre de l'article VIII A de la Convention, publiée à des fins administratives. Il sert également de guide [...] » Ce dernier jugement a été infirmé pour d'autres motifs par [1973] C.F. 259. Voir aussi *Re Van Den Bosch and Minister of Health*, (1973) 30 D.L.R. (3d) 81, p. 87; G. VEDEL, *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, P.U.F., 1973, p. 175; S.A. de SMITH, *supra*, note 50, p. 62.

118. [1978] 1 R.C.S. 851, pp. 858-859.

119. *Procureur général de la Colombie-Britannique v. Parklane Private Hospital Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 47, p. 57: « The circulars were mere notifications to various municipalities of the assistance they could expect from the Government. » À la lumière de cet arrêt, nous

Dans l'arrêt *Komo Construction v. C.R.T.Q.*, la Cour suprême a indiqué qu'un organisme « ne perd pas sa compétence parce qu'il applique mal une disposition législative »¹²⁰. Ce principe s'applique à plus forte raison à l'application des directives, puisqu'elles n'ont même pas force de loi :

En outre, lorsqu'un tribunal adopte une règle de pratique qui doit régir l'exercice de ses fonctions statutaires, la question de savoir s'il interprète correctement sa propre règle ne peut être une question de droit. De même [TRADUCTION] « la question de savoir si dans un cas précis, l'Office a interprété correctement les faits dans le but d'appliquer la règle en cause ne peut être considéré comme une telle question. Il en est ainsi parce qu'... il n'existe ni règle statutaire, ni principe juridique qui indique expressément sur quelles considérations l'Office doit se fonder dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire administratif [...]. »¹²¹

2.3. Une norme qui produit cependant un effet réel

Les directives produisent un effet réel sur les fonctionnaires et sur les administrés.

2.3.1. Effet sur les fonctionnaires

Les directives d'un supérieur à son subordonné ont une influence déterminante sur la conduite de ce dernier. C'est particulièrement vrai lorsque le subordonné s'expose à des sanctions disciplinaires s'il ne les respecte pas. Comme le souligne Allen, en théorie elles n'ont pas force de loi, mais en pratique elles ont une influence considérable puisqu'elles sont respectées par les fonctionnaires¹²². Par exemple, dans *Demers v. Procureur*

doutons du bien-fondé de l'arrêt *B.E.P.G.M. v. Procureur général de la province de Québec*, C.S. Montréal, n° 500-05-012002-786, 20 juillet 1978, suivant lequel « la Couronne, du chef de la province de Québec, a l'obligation légale de verser une subvention d'équilibre budgétaire au Conseil scolaire de l'Île de Montréal pour le Bureau des Écoles protestantes du Grand Montréal suivant les termes et conditions des *Règles Budgétaires 1977/78*. »

120. [1968] R.C.S. 172, p. 176.

121. *Association des consommateurs du Canada et Pollution Probe de l'Université de Toronto v. Commission d'énergie hydro-électrique de l'Ontario*, [1974] C.F. 453, p. 457. Le passage traduit provient de *Canadian National Railway v. Bell Telephone Co.*, *supra*, note 60, p. 319. Pour un jugement contraire à celui qui est mentionné en premier lieu, voir *R. v. Criminal Injuries Compensation Board ex parte Schofield*, [1971] 1 W.L.R. 926. À cet égard, l'arrêt *Re Bicknell Freighters Ltd. and Highway Transport Board*, (1977) 77 D.L.R. (3d) 417, nous semble mal fondé en droit. Selon la Cour, interpréter le mot « regular » contenu dans une directive, en lui donnant la signification d'« irregular », constituait une erreur de droit. Nous croyons plutôt que la Cour aurait dû baser son intervention sur le motif que l'organisme avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable.

122. *Supra*, note 42, pp. 192-193 ; R.E. MEGARRY, « Administrative Quasi-legislation », (1944) 60 L.Q.R. 125, p. 126. La situation est différente aux États-Unis car les tribunaux y ont jugé que l'administration était liée par ses règles officieuses : *Vitarelli v. Seaton*, 359 U.S. 535, 547, (1959) : « He that takes the procedural sword shall perish with that sword. » ; *U.S. v. Heffner*, 420 (F. 2d) 809, 811, (1970).

général du Canada, les fonctionnaires avaient cru qu'un énoncé de politique avait, de lui-même, un effet exécutoire ¹²³. Les directives du supérieur sont généralement appliquées purement et simplement par les fonctionnaires. Cela amène certaines critiques :

Que reste-t-il de la prééminence de la loi ou des règlements solennels s'il apparaît que pour le fonctionnaire, l'instruction du chef de service a plus d'importance que la volonté de la nation, exprimée par le législateur ou ses organes d'exécution ? ¹²⁴

De plus, l'autorité administrative, après s'être prononcée sur un certain nombre de cas, aboutit à une certaine jurisprudence, une certaine ligne de conduite qu'elle aura tendance à respecter dans les décisions qu'elle aura à rendre à l'avenir. Et bien que cette ligne de conduite ne lie pas l'autorité, son effet est indéniable ¹²⁵.

2.3.2. Effet sur les administrés

Les directives du supérieur affectent les administrés par l'intermédiaire des fonctionnaires qu'elles ont influencés. Les administrés seront aussi touchés si le titulaire du pouvoir discrétionnaire se donne lui-même des directives. Les directives exercent alors un effet réel sur les administrés dans la mesure où elles s'imposent à eux par le biais de décisions individuelles. Cet effet se fera surtout ressentir lorsque la loi prévoit expressément un pouvoir de sanction contre celui qui ne respectera pas la décision de l'autorité.

Les directives affectent donc considérablement les administrés. Malgré cela, ceux-ci les contestent rarement parce qu'ils n'y ont pas accès, ou encore parce qu'ils sont « intimidés par l'autorité de ceux qui les rédigent » ¹²⁶. Ainsi, il ne faut pas sous-estimer la portée d'un énoncé de politique dont une disposition prévoit que « le défaut de se conformer aux exigences énoncées dans cet énoncé de politique peut constituer un motif suffisant pour la suspension ou la révocation d'un enregistrement » ¹²⁷. Que ce soit pour demander un prêt et une bourse d'étude ou une subvention gouvernementale, le citoyen doit respecter les directives émises par le gouvernement pour réussir dans sa demande ; car, théoriquement, celle-ci pourrait être rejetée tant qu'elle n'aura pas été remplie conformément aux directives ¹²⁸.

123. *Supra*, note 104, p. 274.

124. C. BLUMANN, « L'application des circulaires administratives par le juge judiciaire », *A.J.D.A.* (1972), p. 263.

125. H.L. MOLOT, *supra*, note 3, p. 336.

126. R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 692. Voir *Ex parte Forster*, *supra*, note 57 : on appliquait une directive comme s'il s'agissait d'un véritable règlement.

127. H.L. FORTIN, *supra*, note 12, p. 48 ; G. FORTIER, *supra*, note 12, p. 20, où il est fait référence à une directive commençant ainsi : « les assureurs voudront bien prendre connaissance de la présente directive et la respecter dans ses moindres détails ».

128. *E.T. Terrazzo Tuile Marbre Liée v. Vermont Construction Inc.*, *supra*, note 104, p. 225.

Les tribunaux en ont constaté l'importance à l'égard des administrés. Par exemple, ils ont validé le retrait du permis de conduire d'un chauffeur de taxi « pour des raisons d'ordre médical basées sur les normes d'un guide médical en usage au Bureau »¹²⁹, et la cessation, conformément à une directive du ministère de l'Éducation, du paiement de primes d'éloignement à certains enseignants¹³⁰.

Finalement, les directives interprétant la loi ont un effet énorme parce qu'elles déterminent la portée exacte de cette loi ; et pourtant, elles n'ont pas été édictées par le Parlement et elles sont parfois confidentielles¹³¹. Il s'agit alors d'une loi qui demeure en partie secrète¹³².

3. La publication des directives, condition de leur efficacité?

Les directives se retrouvent dans des documents aussi variés que « des raisons à l'appui d'une décision, des lettres, des discours, des circulaires, des notes aux employés, etc. »¹³³. Et puisque celles-ci ont un effet réel sur les fonctionnaires et sur les administrés, l'autorité administrative ne devrait-elle pas consulter les principaux intéressés avant de les émettre, et les publier ensuite?

Les directives affectent les droits des administrés même si, bien souvent, elles ne sont même pas établies en vertu d'un pouvoir conféré expressément par le législateur. De plus, elles sont parfois inconnues ou inaccessibles par ceux-là mêmes qui sont les plus directement touchés¹³⁴. Comme l'indique Janisch, ce qui est répugnant n'est pas l'existence de directives, mais plutôt le

131. *Re Gooliah and Minister of Citizenship*, *supra*, note 29, p. 235.

132. H.N. JANISCH, « What is "Law"? — Directives of the Commissioner of Penitentiaries and section 28 of the Federal Court Act — The Tip of the Iceberg of "Administrative Quasi-Legislation" », (1977) 50 *R. du B. Can.* 579, p. 583. Voir aussi *Re Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.*, (1976) 15 N.S.R. (2d) 150.

133. W.J. ATKINSON, *supra*, note 3, p. 218; R.E. MEGARRY, *supra*, note 122, p. 128; H.L. MOLOT, *supra*, note 3, p. 314.

134. *Patchett v. Leathem*, (1949) 65 T.L.R. 69, p. 70; MEGARRY, *supra*, note 122, p. 128.

129. *Bourdon v. Directeur du Bureau des véhicules automobiles du Québec*, [1975] C.S. 914, p. 915; le requérant s'en prenait au guide médical : « À ceci il faut répondre qu'il est normal et même souhaitable que des autorités administratives élaborent des normes qui puissent leur servir de guides dans la considération de cas concrets surtout lorsque, comme ici, ces normes ont été rendues publiques ». Voir aussi *Commission scolaire de Matane v. Conseil provisoire de la Commission scolaire de Matane et Philibert*, [1973] R.P. 171, p. 175.

130. *Procureur général de la province de Québec v. Collège d'enseignement général et professionnel de la Gaspésie*, [1975] C.S. 477. Voir aussi *Re Civil Service Association and Ontario, Colleges of Applied Arts and Technology council of regents*, (1975) 50 D.L.R. (3d) 506.

fait qu'elles soient souvent secrètes¹³⁵. Dans l'affaire *Re Michelin Tires Manufacturing (Canada) Ltd.*, un manufacturier avait organisé ses affaires en fonction de la définition d'un terme adopté par le ministre, de façon à être imposé au minimum¹³⁶. Le ministre a par la suite changé cette définition. Quand le manufacturier a pris connaissance de ce changement, il était trop tard : il était théoriquement susceptible d'être imposé au maximum. La Cour a décidé que le changement de politique ne pouvait pas prendre effet avant d'avoir fait l'objet d'une publicité raisonnable¹³⁷. La Cour a cité un passage très pertinent de l'arrêt *Blackpool v. Locker* à l'effet que la maxime « l'ignorance de la loi n'est pas une excuse » se justifie par le fait que les lois sont accessibles aux citoyens et à leurs conseillers juridiques¹³⁸.

Comme le souligne Wade, la confidentialité tend souvent à détruire la confiance dans l'équité des décisions¹³⁹. La publicité est donc un gage de crédibilité. À ce sujet, Davis suggère sept moyens pouvant structurer un pouvoir discrétionnaire quand il est nécessaire d'en créer un :

The seven instruments that are most useful in the structuring of discretionary power are open plans, open policy statements, open rules, open findings, open reasons, open precedents, and fair informal procedure. The reason for repeating the word « open » is a powerful one: Openness is the natural enemy of arbitrariness and a natural ally in the fight against injustice.¹⁴⁰

La publicité des directives est donc désirable. L'administré sait alors un peu mieux à quoi s'attendre et comment présenter son argumentation¹⁴¹. Et s'il y a lieu, il préparera les arguments pouvant démontrer en quoi son cas mérite qu'on fasse exception à la directive. Cela ne lui est pas possible s'il ne peut en prendre connaissance. Les règles du jeu étant ainsi connues d'avance, l'administré n'a pas l'impression d'être assujéti à une décision arbitraire. Comme l'a indiqué le juge Laskin : « Même si une telle politique peut ressortir d'une succession de demandes, il est plus judicieux de la faire connaître à l'avance. »¹⁴².

135. H.N. JANISCH, *supra*, note 132, p. 585 ; P.L. SHAPIRO, « The Choice of Rule-Making or Adjudication in the Development of Administrative Policy », 78 *Harv. L.R.* 921, p. 944 (1965).

136. *Supra*, note 132.

137. *Id.*, p. 176. À la p. 173, on note que l'application de cette modification sans publicité préalable en faisait « a retroactive order ».

138. *Supra*, note 103, p. 361.

139. *Supra*, note 30, p. 795 ; *R. v. Holborn Licensing Justices*, (1926) 42 T.L.R. 778, p. 781 ; S.A. de SMITH, *supra*, note 50, p. 276.

140. *Supra*, note 41, p. 98 ; rappelons que son idéal consiste à « (...) cutting back unnecessary discretionary power and finding better ways to confine, to structure, and to check necessary power » (p. 233) ; voir aussi D.J. GALLIGAN, *supra*, note 3, pp. 356-357.

141. H.W.R. WADE, *supra*, note 30, p. 707.

142. *Capital Cities Communications v. C.R.T.C.*, *supra*, note 2, p. 171.

Notons qu'il sera d'autant plus facile de faire respecter la directive qu'elle aura été établie après consultation des principaux intéressés.

Le rapport MacGuigan a suggéré de publier et de soumettre à l'examen du Parlement les directives qui concernent le public, considérant l'ampleur et la portée de celles-ci au sein des ministères ¹⁴³. Le législateur fédéral a répondu en partie à cette recommandation en édictant la *Loi sur les textes réglementaires*, où il a prévu la publicité de certaines directives ¹⁴⁴. Celles-ci doivent être publiées dans la *Gazette du Canada* (art. 11) et déposées au Sénat et à la Chambre des Communes (art. 13). Plusieurs lois particulières prévoient des mesures de publicité semblables ¹⁴⁵.

Mais quelle est la portée exacte de la *Loi sur les textes réglementaires* ou, plus précisément, quelles sont les directives qui doivent être publiées? Le rapport Forsey-McCleave nous permet de constater que la réponse à cette question est très controversée ¹⁴⁶.

Le principe est la publication des directives qui peuvent être considérées comme des « règlements ». Si certaines directives ne sont pas des « règlements » mais sont seulement des « textes réglementaires », elles pourront être publiées dans certains cas exceptionnels. Cependant, les mots « règlement » et « texte réglementaire » ont une signification particulière dans cette loi, comme il ressort de l'article 2 :

2 (1). Dans la présente loi,

[...]

b) « règlement » désigne un texte réglementaire

(i) établi dans l'exercice du pouvoir législatif conféré par une loi du Parlement ou sous son régime, ou

(ii) pour la violation duquel une pénalité, une amende ou une peine d'emprisonnement est prescrite par une loi du Parlement ou sous son régime,

et comprend une règle, une ordonnance ou un règlement régissant la pratique ou la procédure dans toute instance devant un organisme judiciaire ou quasi judiciaire établi par une loi du Parlement ou sous son régime, de même qu'un texte que toute autre loi du Parlement désigne comme règlement ;

[...]

d) « texte réglementaire » désigne une règle, un décret, un arrêté, un ordre, un règlement, une ordonnance, une directive, une formule, un tarif de dépens, frais,

143. *Supra*, note 53, p. 28.

144. S.C. 1970-71-72, c. 38.

145. Par exemple : *Loi sur la radiodiffusion*, *supra*, note 5, art. 27(2) ; *Loi d'urgence sur les approvisionnements d'énergie*, *supra*, note 100, art. 2(2) ; *Loi de la Régie de l'assurance-maladie du Québec*, *supra*, note 35, art. 26.

146. *Deuxième rapport du comité mixte permanent du Sénat et de la Chambre des communes sur les règlements et textes réglementaires*, co-présidé par le sénateur Eugène A. FORSEY et le député Robert MCCLEAVE, Deuxième session de la trentième législature, 1976-77, 61 p.

honoraires ou droits, des lettres patentes, une commission, un mandat, une proclamation, un règlement administratif, une résolution ou tout autre texte établi

- (i) dans l'exécution d'un pouvoir conféré par une loi du Parlement ou sous son régime, par laquelle ou sous le régime de laquelle l'établissement de ce texte est autorisé expressément autrement que par l'attribution à une personne ou à un organisme de pouvoirs ou fonctions relativement à une question à laquelle se rapporte ce texte, ou

[...]

mais ne comprend pas

- (iv) un texte de ce genre établi par un organisme judiciaire ou quasi judiciaire, à moins que le texte ne soit une règle, une ordonnance ou un règlement régissant la pratique ou la procédure dans toute instance devant un organisme judiciaire ou quasi judiciaire établi par une loi du Parlement ou sous son régime,
- (v) un texte de ce genre qui est soumis ou dont la production ou autre forme de divulgation est soumise à des restrictions prévues par le droit ou dont le contenu se limite à des avis ou renseignements uniquement destinés à servir ou aider à prendre une décision ou à fixer une ligne de conduite, ou à vérifier une question qui en découle nécessairement, ou

[...].

Selon la *Loi sur les textes réglementaires*, les directives qui sont des « règlements » seront publiées en principe, mais ce n'est qu'exceptionnellement qu'un « texte réglementaire » sera publié.

Premièrement, les directives dont la loi habilitante prévoit expressément qu'elles doivent être respectées ¹⁴⁷ nous semblent comprises dans la définition de « règlement » en vertu du sous-alinéa 2(1)b(i). Elles sont évidemment établies « dans l'exercice d'un pouvoir législatif », puisqu'elles ont force de loi.

Deuxièmement, les directives n'ayant pas force de loi mais établies en vertu d'un pouvoir conféré expressément par une loi ¹⁴⁸ sont-elles des « règlements » ? Oui, si celui qui reçoit la directive s'expose à une pénalité s'il ne la respecte pas : voir le sous-alinéa 2(1)b(ii). C'est le cas, par exemple, des directives établies en vertu du paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers* ¹⁴⁹. Celles-ci sont évidemment des textes réglementaires au sens du sous-alinéa 2(1)d(i).

Troisièmement, les directives établies en vertu d'un pouvoir implicite ¹⁵⁰ sont-elles des « règlements » au sens de cette Loi ? Les conseillers juridiques du Bureau du Conseil privé, qui relèvent du ministère de la Justice du

147. *Supra*, notes 100–102.

148. *Supra*, notes 4–11.

149. *Supra*, note 4. Voir aussi le rapport Forsey-McCleave, *supra*, note 146, pp. 18–19.

150. *Supra*, notes 12–33.

Canada, croient qu'elles ne sont pas des « règlements ». Ils basent leur réponse sur le sous-alinéa 2(1)d)(i), qui prévoit que l'établissement du texte doit être autorisé « expressément ». Les auteurs du rapport Forsey-McCleave ne partagent pas cette interprétation ¹⁵¹.

À ce sujet, notre interprétation est la suivante. Nous croyons que le mot « expressément » et les termes limitatifs du sous-alinéa 2(1)d)(i), ainsi que le sous-alinéa 2(1)d)(v), excluent de la définition de « texte réglementaire », et par conséquent de celle de « règlement », les directives établies en vertu d'un pouvoir implicite.

Quatrièmement, les directives établies sous forme de règles de procédure ou de preuve, pour un organisme judiciaire ou quasi judiciaire sont des « règlements » en vertu de l'alinéa 2(1)b) *in fine* et du sous-alinéa 2(1)d)(iv).

Les directives qui ne sont pas des « règlements », mais des « textes réglementaires » seulement, pourront être publiées dans certains cas. La détermination de ces cas dépend de l'article 12 de la Loi. Cet article octroie au gouverneur en conseil le pouvoir d'ordonner par règlement la publication de certains textes réglementaires dans la *Gazette du Canada*. La même disposition permet aussi au greffier du Conseil privé, s'il y est autorisé par les règlements établis par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 27 g), à ordonner ou autoriser la publication dans la *Gazette du Canada* de tout texte réglementaire.

Telle est notre compréhension de la *Loi sur les textes réglementaires* relativement à la publicité des directives édictées en vertu des lois fédérales.

La publication des directives est un excellent moyen d'en faire part aux parties intéressées. Un autre moyen consiste à les divulguer à l'occasion de l'examen de la demande. L'autorité administrative pourrait également tenir une audience publique à titre de consultation avant l'établissement des directives ¹⁵². Cependant, cette consultation de ceux qui sont susceptibles d'être affectés par les directives devra être utilisée avec discernement ; il ne faut pas ralentir inutilement un processus administratif déjà lourd et occasionner des déboursés excessifs. Chaque autorité administrative doit donc procéder selon le mode qui lui semble optimal pour garantir à la fois justice et efficacité ¹⁵³.

151. *Supra*, note 146, pp. 17 et 50.

152. R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 689 ; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, p. 242, n° 235 ; H.W.R. WADE, *supra*, note 30, p. 471.

153. Cet idéal est bien reconnu : *Commission de réforme du droit du Canada — Sixième rapport annuel*, 1976-77, p. 26 : « Le système administratif actuel doit être évalué avec minutie de façon à dégager les mesures qui s'imposent pour le rendre plus efficace au plan de la gestion, plus responsable au niveau politique et pour garantir que ses procédures, ses

De tout ceci, nous concluons que les procédés de consultation et de publication ne semblent pas nécessaires pour les directives qui ont peu d'effet sur les droits des administrés et qui possèdent un caractère éphémère. Mais ces procédés doivent être utilisés autant que possible en ce qui concerne les directives susceptibles d'affecter sérieusement les droits des administrés. Finalement, nous espérons que le législateur prendra en considération les recommandations du rapport Forsey-McCleave, et particulièrement la suivante :

9. Il faudrait inclure dans la définition d'un texte réglementaire les directives ou manuels ministériels qui contiennent des règles de fond non comprises dans les règlements ou dans d'autres textes réglementaires et les soumettre à la vérification du Parlement. Cette définition devrait s'étendre aux directives, etc., qui constituent des instructions au personnel, lorsque les règles ainsi établies s'appliquent aux membres qui ne font pas partie du personnel, ou que la violation de ces règles peut entraîner des mesures disciplinaires.¹⁵⁴

4. Le contrôle de la directive

La directive peut être l'objet d'un contrôle administratif, judiciaire et parlementaire. C'est indirectement, par le biais de décisions particulières, que l'on s'attaque aux directives.

4.1. Contrôle administratif

On peut contrôler les directives qu'un subordonné a établies en requérant de son supérieur qu'il rectifie la conduite de ce subordonné¹⁵⁵. C'est particulièrement le cas des fonctionnaires qui exercent un pouvoir discrétionnaire au nom du ministre.

Un autre moyen consiste à soumettre l'établissement des directives à l'approbation d'une autorité supérieure¹⁵⁶.

Le Protecteur du citoyen du Québec exerce également un contrôle administratif sur les directives en recommandant l'accomplissement ou la modification de certains actes¹⁵⁷.

principes directeurs et le traitement qu'il réserve aux citoyens soient conformes aux principes d'équité et de justice auxquels peuvent prétendre tous les Canadiens. » Voir R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 5.

154. *Supra*, note 146, p. 42.

155. *Supra*, notes 28-33.

156. Par exemple : *Loi de la probation et des établissements de détention*, L.Q. 1969, c. 21, art. 25, alinéa 2 : « Les directives adoptées en vertu du présent article doivent être soumises à l'approbation du ministre [...] ».

157. Voir *infra*, note 217.

4.2. Contrôle judiciaire

Le contrôle judiciaire permet de contrôler la légalité des directives. De plus, l'administré pourra avoir droit à des dommages-intérêts, dans certains cas, si une directive lui a causé un préjudice.

4.2.1. Le contrôle de la légalité de la directive

La directive doit être conforme à la loi et elle doit être le fruit d'un pouvoir discrétionnaire exercé à bon escient.

4.2.1.1. Le contrôle de la conformité à la loi

Le contrôle par les tribunaux de la conformité de la directive à la loi repose sur le caractère subordonné de celle-ci par rapport à la loi. De la même façon qu'un règlement doit être adopté conformément aux dispositions de sa loi mère¹⁵⁸, la directive ne doit pas aller à l'encontre de la loi et des règlements¹⁵⁹. À plus forte raison, celle-ci doit respecter le partage des compétences législatives fixé par la constitution canadienne¹⁶⁰. De même, si la loi subordonne le pouvoir d'établir des directives à l'accomplissement de certaines conditions, il faut les respecter¹⁶¹.

À moins que la loi le permette expressément, la directive n'est pas en mesure, tout comme le règlement d'ailleurs, de porter atteinte aux libertés individuelles, au droit de recours devant les tribunaux, etc.¹⁶². Il en est de même quant à l'imposition d'une pénalité¹⁶³ ou d'une taxe¹⁶⁴.

Même si une autorité administrative n'est pas liée par les règles de preuve applicables devant les tribunaux, elle doit malgré tout juger en se fondant sur une preuve¹⁶⁵. Une directive ne peut pas non plus exempter une autorité d'accomplir un devoir qui lui est imposé par la loi. Ainsi, un

158. R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 747.

159. *Capital Cities Communications v. C.R.T.C.*, *supra*, note 2, p. 170; *Harel v. Sous-ministre du Revenu de la Province de Québec*, *supra*, note 118, p. 858.

160. *Central Potash Co. v. Gouvernement de la Saskatchewan et al.*, *supra*, note 26, pp. 72-76.

161. *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 : le secrétaire d'État ne pouvait exercer son pouvoir d'établir des directives que s'il était d'avis que les autorités locales avaient agi de façon déraisonnable.

162. Voir la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, appendice III; et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6.

163. Le pouvoir d'imposer une « amende » par exemple ne doit être exercé que dans les limites permises par la loi : *Re Lornex Mining Corporation*, [1976] 5 W.W.R. 554.

164. *Woon v. M.N.R.*, *supra*, note 117.

165. *Board of Public Utility Com'rs v. Model Dairies*, (1937) 1 D.L.R. 95; *Lloyd v. Superintendent of Motor Vehicles*, (1971) 20 D.L.R. (3d) 181 infirmant (1971) 2 W.W.R. 523.

commissaire de police avait adopté comme politique de ne pas faire respecter un certain article de loi ; lord Denning s'est objecté à cette conduite : « [...] once a duty exists there should be a means of enforcing it »¹⁶⁶.

Une simple directive ne peut transformer une décision administrative en une décision quasi judiciaire¹⁶⁷. Et inversement, on peut affirmer qu'une autorité administrative exerçant des fonctions quasi judiciaires ne pourrait pas, au moyen d'une directive, transformer ses décisions en des décisions simplement administratives. Une autorité ne peut changer par ce biais la nature du pouvoir qui lui a été accordé.

Finalement, comme le souligne Fortier, les directives ne sont pas en mesure de remplacer la loi ou les règlements. Ainsi, si la loi dispose, par exemple, que les permis seront accordés aux conditions prévues par la loi et les règlements, ces conditions ne peuvent pas être fixées sous forme de directives¹⁶⁸.

4.2.1.2. Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire

Les tribunaux n'hésiteront pas à intervenir si l'autorité administrative a abdiqué en tout ou en partie son pouvoir discrétionnaire, ou si elle l'a exercé à mauvais escient¹⁶⁹.

4.2.1.2.1. L'abdication du pouvoir discrétionnaire

Il y aura abdication du pouvoir discrétionnaire si la directive est trop rigide ou si le pouvoir d'établir des directives a été illégalement délégué.

4.2.1.2.1.1. La rigidité de la directive

L'autorité administrative doit exercer son pouvoir discrétionnaire en étudiant chaque cas individuellement. Elle ne peut pas se donner une directive s'appliquant implacablement à tous les cas car elle aurait alors changé la nature de son pouvoir : elle se serait munie d'un véritable

166. [1968] 2 Q.B. 118, p. 136. Voir aussi *R. v. Commissioner of Police of the Metropolis ex parte Blackburn* (no 3), [1973] 2 W.L.R. 43.

167. *Rogers v. C.P.N.*, [1979] 1 C.F. 90.

168. G. FORTIER, *supra*, note 12, p. 21 ; rapport Forsey-McCleave, *supra*, note 146, p. 20, paragraphe 44. Voir aussi *Distribution Kinéma v. Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec*, [1976] C.S. 1432, p. 1435 ; *N.L.R.B. Wyman-Gordon Company*, *supra*, note 69, U.S. 766 : la Cour suprême des États-Unis précisait que le pouvoir réglementaire « may not be avoided by the process of making rules in the course of adjudicatory proceedings. »

169. Voir *Bradbury v. Enfield London Borough Council*, [1967] 1 W.L.R. 1311, p. 1325.

règlement¹⁷⁰. Or, on ne peut transformer un pouvoir administratif en un pouvoir législatif, pas plus d'ailleurs qu'un pouvoir législatif en un pouvoir administratif¹⁷¹.

La ligne de démarcation entre l'application d'une directive et l'application d'un règlement est parfois difficile à cerner¹⁷². Le jugement qui nous semble le démontrer le mieux est *In re North Coast Air Services Ltd.*¹⁷³. Il s'agit là d'un cas extrême. En 1968, la Cour suprême avait invalidé une ordonnance générale édictée par la Commission des transports¹⁷⁴. En 1970, la Commission envoya à chacun des détenteurs de permis d'une certaine catégorie une lettre annonçant son intention d'ajouter à chacun de ces permis l'exigence que cherchait à imposer l'ordonnance invalidée; elle les invitait cependant à présenter des observations pouvant démontrer pourquoi on ne devrait pas adjoindre cette exigence à leur permis. On plaidait que c'était là une tentative de faire indirectement ce que la Cour suprême avait décidé que la Commission ne pouvait pas faire directement. La Cour d'appel fédérale a jugé que cette conduite était valide, car la Commission avait reçu expressément le pouvoir d'adjoindre une telle exigence à un permis si elle estimait que c'était dans l'intérêt public. Comme l'indique le juge en chef Jackett : « Ceci implique que la Commission étudie la situation particulière pour chaque permis, à la lumière des principes généraux d'orientation qu'elle a adoptés »¹⁷⁵. Dans ce jugement, la Cour s'est référée à l'arrêt anglais *R. v. Port of London Authority*, dans lequel lord Bankes a déclaré :

D'une part, il y a les affaires dans lesquelles un tribunal exerçant sa discrétion de bonne foi a adopté des principes directeurs et où, sans refuser d'entendre un demandeur, il les porte à son attention et lui fait savoir qu'après l'avoir entendu il rejettera sa demande, conformément à ces principes directeurs, à moins qu'il y ait des facteurs exceptionnels applicables à son cas.

[...]

D'autre part, il arrive, dans certains cas, qu'un tribunal adopte une règle, ou prenne

170. *Magistrates of Kilmarnock v. Secretary of State for Scotland*, *supra*, note 50, p. 357.

171. *Verdun v. Sun Oil*, [1952] 1 R.C.S. 222; *Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, *supra*, note 113. À la suite de ce dernier arrêt, la loi a été modifiée pour permettre à l'organisme de procéder à la fois par règlements et par directives : *Re Bedesky and Farm Products Marketing Board of Ontario*, (1976) 58 D.L.R. (3d) 484, confirmé par (1976) 62 D.L.R. (3d) 265. Voir aussi *Re Retmar Niagara Peninsula Developments Ltd. and Farm Products Marketing Board of Ontario*, (1976) 58 D.L.R. (3d) 517; D.J. GALLIGAN, *supra*, note 3, p. 347; *Merchandise Transport Ltd. v. British Transport Commission*, [1962] 2 Q.B. 173, p. 186 : « Where discretion lies it should not be hidebound by authority. »

172. *Magistrates of Kilmarnock v. Secretary of State for Scotland*, *supra*, note 50, p. 359; *Re Purdy*, (1975) 20 C.C.C. (2d) 247.

173. [1972] C.F. 390.

174. *North Coast Air Services Ltd. v. The Canadian Transport Commission*, [1968] R.C.S. 940.

175. *Supra*, note 173, p. 396.

la décision, qu'il n'entendra pas de demande d'une certaine catégorie quel qu'en soit l'auteur. Il faut nettement distinguer ces deux catégories [...].¹⁷⁶

Il est intéressant de noter que la jurisprudence britannique s'est prononcée en faveur du respect de la règle *audi alteram partem* en ce qui concerne l'application des directives ; selon cette jurisprudence, l'autorité administrative qui s'est munie de certaines directives doit les divulguer au requérant pour que celui-ci ait la possibilité de démontrer en quoi son cas mérite qu'on permette une exception¹⁷⁷. Au Canada, la situation est un peu différente. Premièrement, les autorités administratives exerçant des fonctions quasi judiciaires et qui se sont munies de certaines directives doivent les divulguer aux requérants si cela leur est nécessaire pour faire valoir leurs moyens, respectant ainsi la règle *audi alteram partem*¹⁷⁸. Deuxièmement, à la suite de l'arrêt *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police* de la Cour suprême, les autorités administratives exerçant des fonctions purement administratives devront, si cela est nécessaire au respect d'une procédure équitable, divulguer leurs directives aux requérants¹⁷⁹.

Quant au deuxième grand principe de justice naturelle, la règle *nemo judex* (règle de l'impartialité), la jurisprudence canadienne, britannique et américaine considère que l'existence d'une directive n'y contrevient pas, car il faut faire la distinction entre d'une part, une idée préconçue sur certaines questions de politique générale, et d'autre part des préjugés à l'égard de questions de fait dans un cas particulier¹⁸⁰.

Une autorité administrative ne peut pas abdiquer une partie de son pouvoir discrétionnaire en adoptant une directive rigide. Une directive n'est

176. [1919] 1 K.B. 176, p. 184 (Traduction de la Cour d'appel fédérale dans *In re North Coast Air Services Ltd.*, *supra*, note 173, p. 406); *Re Armstrong and Canadian Nickel Co.*, (1970) 9 D.L.R. (3d) 330; *British Oxygen v. Minister of Technology*, *supra*, note 69, p. 625: « Il peut se présenter des cas où un fonctionnaire ou l'organisme administratif devrait prêter attention à un argument sérieux raisonnablement présenté et demandant un changement de politique. Ce que l'organisme administratif ne doit pas faire, c'est refuser d'y prêter attention (...). » (Traduction de la Cour d'appel fédérale dans *In re Capital Cities Communications Inc.*, *supra*, note 69, p. 27).

177. *R. v. Port of London Authority*, *supra*, note 176, p. 184; *British Oxygen v. Minister of Technology*, *supra*, note 69, p. 625; *R. v. Walsall Justices*, (1854) J.P. 757; *R. v. Torquay Licensing Justices, ex parte Brockman*, [1951] 2 K.B. 784, p. 792; *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, *supra*, note 38, p. 908. *Sagnata Investments Ltd. v. Norwich Corporation*, *supra*, note 69, p. 626.

178. *Komo Construction Inc. v. C.R.T.C.*, *supra*, note 120, p. 175.

179. *Supra*, notes 93 et 94.

180. *New Hampshire Milk Dealers Association v. New Hampshire Milk Control Board*, 222 A.(2d) 194, p. 198, (1967); *Nanda v. Comité d'appel établi par la Commission de la fonction publique*, [1972] C.F. 277, pp. 297-298; *R. v. Pickersgill, ex parte Smith*, (1971) 14 D.L.R. (3d) 717; *Leduc et chez Paree v. Régie des alcools du Québec*, [1972] C.A. 344; *R. v. Picard*, (1968) 65 D.L.R. (2d) 658, p. 661; *Boyle v. Wilson*, [1907] A.C. 45, p. 53.

donc pas en mesure d'ajouter des conditions impératives à la loi¹⁸¹. Il est ainsi illégal de prévoir d'avance qu'aucune personne de moins de seize ans ne pourra être éligible à un régime de réhabilitation, si la loi n'exige pas une telle condition¹⁸². Il y a alors ouverture au recours en *mandamus* pour forcer l'autorité administrative à exercer son pouvoir discrétionnaire. De la même façon, une autorité administrative ne peut, comme l'a démontré l'arrêt *Charles Bentley Nursing Home Inc. v. Ministre et Sous-ministre des Affaires sociales et Procureur général de la Province de Québec*, appliquer rigide-ment la directive de ne pas émettre un certain genre de permis ; une telle conduite équivaut, en fait, à amender la loi puisqu'elle en rend inopérante une partie¹⁸³.

L'autorité administrative peut donc appliquer la directive si celle-ci convient au cas qu'elle a étudié à son mérite¹⁸⁴, et non pas l'appliquer automatiquement dans tous les cas¹⁸⁵. Ce principe peut également valoir si la directive est tellement rigide qu'elle empêche l'autorité administrative de prendre en considération tous les faits de chaque espèce qui lui est soumise¹⁸⁶. Et ce principe doit être respecté même si le nombre de cas à considérer est très élevé¹⁸⁷.

181. *Ville de Montréal v. Dubreuil*, [1975] R.L. 507.

182. *Re Bruyn and Director of the Vocational Rehabilitation Services Branch*, (1976) 60 D.L.R. (3d) 442; *Colman Ltd. v. Commissioners of Customs and Excise*, [1968] 1 W.L.R. 1286, p. 1291; *Re Borough of Scarborough and Minister of Housing for Ontario*, (1976) 67 D.L.R. (3d) 387, p. 394; B.B. LOCKWOOD, « Procedures in Cross-Country Prospectus Clearance and Regulation by Policy Statement », in : *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, (1972), pp. 123-124.

183. [1978] C.S. 30, p. 32. Voir aussi *R. v. London County Council ex parte Corrie*, [1918] 1 K.B. 68; *R. v. Barry District Council ex parte Jones*, (1900) 16 T.L.R. 565.

184. *Wood v. Widnes Corporation*, [1898] 1 Q.B. 463, p. 467; *R. v. Police Commissioner ex parte Randall*, [1911] 27 T.L.R. 505; *R. ex rel. Wilson v. Holmes*, [1931] 3 D.L.R. 218; *R. v. Flintshire County Council Licensing (Stage Plays) Committee, ex parte Barret*, [1957] 1 Q.B. 350; *Re Jackson and Beaudry*, [1970] 7 D.L.R. (3d) 737.

185. *Magistrates of Kilmarnock v. Secretary of State for Scotland*, *supra*, note 50. Le principe est le même en matière criminelle : *R. v. Derksen*, (1972) 9 C.C.C. (2d) 97; *Re Copeland and Adamson*, (1972) 28 D.L.R. (3d) 26.

186. *Martin v. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1972] C.F. 844, p. 855; *In re Capital Cities Communications*, *supra*, note 69, p. 26; cet arrêt a été confirmé en Cour suprême : *supra*, note 2; *Stringer v. Minister of Housing*, [1971] 1 All. E.R. 65, p. 80 : « ... provided that the existence of that general policy does not preclude him from fairly judging all the issues which are relevant to each individual case as it comes up for decision. »

187. *Lloyd v. Superintendent of Motor Vehicles*, *supra*, note 165; *R. v. Rotherham Licensing J.J., ex parte Chapman*, [1939] 2 All. E.R. 710.

4.2.1.2.1.2. La délégation du pouvoir discrétionnaire

Il y aura également abdication du pouvoir discrétionnaire si l'autorité administrative le délègue illégalement ou si elle l'exerce sous la dictée d'un autre. « C'est un principe bien connu en droit qu'un pouvoir doit être exercé personnellement par l'agent à qui il a été conféré »¹⁸⁸. Ce principe doit pourtant être nuancé lorsque le titulaire du pouvoir discrétionnaire est un ministre¹⁸⁹.

Dans *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, la Cour suprême a invalidé un règlement de la Ville de Montréal qui délèguait au directeur de police un pouvoir discrétionnaire¹⁹⁰. La décision aurait cependant pu être différente si le règlement avait contenu certains critères ou règles pouvant guider le directeur de police dans l'exercice du pouvoir qui lui a été délégué¹⁹¹.

Si la loi permet la délégation du pouvoir discrétionnaire, le délégataire n'aura compétence que dans la seule mesure de la délégation. Dans *Acton Borough Council v. Morris*, un ministre avait délégué une partie de son pouvoir discrétionnaire, comme la loi le lui permettait¹⁹². Cette délégation était accompagnée d'une directive précise concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire ; le délégataire avait excédé sa compétence en ne la respectant pas.

Si un pouvoir discrétionnaire est conféré à une autorité autre qu'un ministre, il ne peut pas y avoir un pouvoir de délégation implicite. Dans un tel cas, ces autres autorités administratives ne pourront donner au titulaire du pouvoir discrétionnaire que des directives destinées à le guider. Par contre, si le pouvoir discrétionnaire appartient à un ministre, celui-ci pourra le déléguer et donner en même temps certaines directives destinées à diriger le délégataire. Cela est normal puisque ce fonctionnaire exerce alors ce pouvoir au nom du ministre. Cependant, ces directives destinées à diriger le délégataire ne doivent pas servir, comme nous venons de le voir, à abdiquer une partie de son pouvoir discrétionnaire au moyen d'une directive rigide.

Le titulaire d'un pouvoir discrétionnaire doit l'exercer lui-même et non sous la dictée d'un autre¹⁹³. Il pourra tenir compte des politiques gouver-

188. R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 1273.

189. Voir *supra*, note 30.

190. [1959] R.C.S. 58.

191. *Id.*, p. 99. Voir aussi *Prime v. Town of St-Lambert*, [1974] C.S. 536 ; on a jugé que la sous-délégation du pouvoir discrétionnaire était valide parce que le délégataire avait été doté de normes et de guides suffisamment précis auxquels il pouvait se référer dans l'exercice de ce pouvoir.

192. [1953] 1 W.L.R. 1228. Voir aussi *Blackpool Corporation v. Locker*, *supra*, note 103.

193. *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 ; *Lavender and Son Ltd. v. Minister of Housing and Local Government*, [1970] 3 All. E.R. 871 ; *Simms Motor Units Ltd. v. Minister of Labour*, [1946] 2 All. E.R. 201.

nementales, mais il ne devra pas se sentir lié par elles¹⁹⁴. Dans l'affaire *Township of Innisfil v. City of Barrie*, on avait pris un bref de prohibition à l'encontre de la Commission municipale de l'Ontario au motif que celle-ci avait abdiqué son pouvoir discrétionnaire en se disant liée par un énoncé de politique du gouvernement ontarien¹⁹⁵. Le juge a fait preuve de réalisme :

Annexation questions cannot be determined in an intellectual vacuum; the decision-maker, to be realistic, should know the applicable governmental policies of all levels of Government. These are matters which I expect would likely influence the decision it is obliged to make.¹⁹⁶

Et la Cour a refusé d'émettre un bref de prohibition. Mais ce n'était que partie remise ; lorsque la Commission eut terminé son enquête, l'affaire s'est retrouvée à nouveau devant le tribunal, et pour le même motif¹⁹⁷. Cette fois, on a jugé que la Commission pouvait donner à l'énoncé de politique l'effet qu'elle voulait bien lui donner, mais elle devait le considérer en regard de toute la preuve¹⁹⁸. Voilà toute la différence ! La Commission pouvait décider de suivre l'énoncé de politique, mais elle ne devait pas se sentir liée par lui. Comme l'indique Molot à propos des directives destinées à guider :

What the courts apparently consider crucial in making this distinction between a general policy and an extra-statutory regulation is whether the tribunal conducts itself in such a way as to convey the impression that it believes itself bound by the general rule in issue, or whether that rule forms but one consideration amongst others which that administrative body can accept or reject at will.¹⁹⁹

4.2.1.2.2. Le mauvais usage du pouvoir discrétionnaire

Un pouvoir discrétionnaire n'est jamais absolu ; il doit être exercé à bon escient, c'est-à-dire conformément aux règles de la raison et de la justice et

194. *King v. Mahoney, ex parte Johnson*, (1931) 46 C.L.R. 131 ; *R. v. Stepney Corporation*, [1902] 1 K.B. 317.

195. (1977) 6 O.M.B.R. 313. L'autorisation d'en appeler de cette décision à la Cour d'appel de l'Ontario fut refusée le 2 mai 1977.

196. *Id.*, p. 322.

197. *Township of Innisfil v. City of Barrie* (No. 2), (1978) 7 O.M.B.R. 233.

198. *Id.*, p. 241. Ce point de droit a été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario à (1979) 8 O.M.B.R. 392.

199. *Supra*, note 3, p. 331. D.J. GALLIGAN, *supra*, note 3, p. 338 : « [...] one authority may adopt the policy of another provided that the former makes that policy its own, in the sense that it makes an effective, final decision as to whether the policy is to be applied in a particular situation. » Voir aussi : H.W.R. WADE, *supra*, note 30, p. 317 ; *Leddy v. Saskatchewan Government Office*, (1964) 45 D.L.R. (2d) 445, p. 459 ; *R. v. Anderson ex parte Ipec-Air Ltd.*, (1965) 113 C.L.R. 177. Par analogie, pensons au principe de la législation référentielle : *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569. Et pareillement, un organisme qui a reçu le pouvoir d'établir des règles peut faire référence aux règles édictées par une autre autorité : *Kingston v. Ontario Racing Commission*, *supra*, note 103.

non suivant un caprice personnel²⁰⁰. Les tribunaux exercent un contrôle de la légalité au sens large, mais non d'opportunité, car les autorités administratives sont essentiellement redevables de leurs actes devant le Parlement ou devant leurs supérieurs²⁰¹.

Un pouvoir discrétionnaire doit être exercé en se basant sur des considérations pertinentes à la loi²⁰², et il ne doit pas être déraisonnable²⁰³, discriminatoire, ou exercé de mauvaise foi.

L'autorité administrative peut se baser sur ses propres directives ou sur les directives d'une autre instance à la condition de ne pas se sentir liée par elles²⁰⁴. Dans l'arrêt *Ville de Vancouver v. Simpson*, un officier municipal s'était basé sur une politique de sa municipalité pour décider s'il était dans l'intérêt public de donner son approbation au lotissement d'un terrain²⁰⁵. La Cour suprême a approuvé les raisons du juge Smith à l'effet qu'une telle conduite était parfaitement légitime en l'absence de toute preuve de mauvaise foi, de discrimination, ou de la non-pertinence des motifs de la décision²⁰⁶.

La directive doit être établie uniquement pour des considérations pertinentes à la loi. Comme il a été indiqué dans l'arrêt *R. v. Port of London Authority*, si la directive est adoptée pour des motifs qu'on peut légalement soutenir, on ne saurait s'opposer à cette façon de procéder²⁰⁷.

200. *Sharp v. Wakefield*, *supra*, note 44, p. 179.

201. D.J. GALLIGAN, *supra*, note 3, p. 337. Le degré de discrétion accordé à l'autorité est un facteur très important dont les tribunaux tiennent toujours compte avant d'intervenir.

202. *Roncarelli v. Duplessis*, *supra*, note 193, p. 140; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Leeds Corporation v. Rydes*, [1907] A.C. 420, p. 424.

203. *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91, pp. 99-100: un pouvoir sera exercé de façon déraisonnable s'il « involved such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the court might well say, "Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and ultra vires". »

204. Voir *supra*, notes 193-199.

205. [1977] 1 R.C.S. 71.

206. *Id.*, passage cité à la p. 76 et approuvé à la p. 80; voir aussi *Commission scolaire de Matane v. Conseil provisoire de la Commission scolaire de Matane et Philibert*, *supra*, note 129, p. 179; *R. v. Prestwick Corporation ex parte Gandz*, (1945) 109 J.P. 157; *Short v. Poole Corporation*, [1926] 1 Ch. 66.

207. *Supra*, note 176, p. 184; *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation*, (1977) 73 D.L.R. (3d) 18; *Martin v. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, *supra*, note 186, p. 855; *In re Capital Cities Communications*, *supra*, note 69, p. 26; *Lecavalier v. Montmorency Ford Sales Ltée*, [1976] C.A. 19; *Fawcett Properties Ltd. v. Buckingham County Council*, [1961] A.C. 636; *Cummings v. Birkenhead Corporation*, [1971] 2 All. E.R. 881, p. 855.

Finalement, la directive ne devra pas être discriminatoire²⁰⁸ ou déraisonnable²⁰⁹.

4.2.2. L'indemnisation de l'administré

L'administré aura parfois un recours en dommages-intérêts pour le préjudice subi en raison de l'application d'une directive.

Dans l'arrêt *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, la Cour suprême a indiqué qu'au niveau des « opérations, une municipalité n'est pas la même qu'au niveau législatif ou quasi judiciaire où elle exerce un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi »²¹⁰. Cette distinction semble valoir non seulement pour les municipalités, mais pour toute autorité titulaire de tels pouvoirs. Au niveau des « opérations » (actes administratifs d'exécution d'une loi ou d'un règlement), la responsabilité de l'autorité sera engagée si elle commet une faute simple, par exemple si elle est négligente. Par contre, au niveau législatif ou quasi judiciaire, le critère de la responsabilité sera celui de l'acte fautif entaché de mauvaise foi²¹¹.

En ce qui concerne le pouvoir implicite d'établir des directives, le critère sera celui de la faute simple ou de la faute avec mauvaise foi, selon la nature de l'acte exécuté en application de la directive. S'il s'agit d'un acte au niveau des « opérations », le critère est celui de la faute simple ; mais il s'agit d'un acte quasi judiciaire, le critère est celui de la faute avec mauvaise foi.

Si la loi confère expressément à l'autorité le pouvoir d'établir des directives, nous croyons que la faute avec mauvaise foi est le critère de la responsabilité, car il s'agit d'un « pouvoir discrétionnaire conféré par la loi »²¹² semblable, sous certains aspects, au pouvoir réglementaire.

4.3. Contrôle parlementaire

Les moyens de pourvoi parlementaire actuels, tels que la technique de la responsabilité ministérielle, les débats, les questions, les commissions de la

208. *The Vancouver Sun v. Gay Alliance Toward Equality*, [1977] 5 W.W.R. 198, confirmé par *Gay Alliance Toward Equality v. The Vancouver Sun*, C.S.C., 22 mai 1979. Voir aussi *Beattie v. Governors of Acadia University*, (1977) 72 D.L.R. 718, à propos d'une politique visant à limiter le nombre de joueurs « étrangers » dans une équipe de basket-ball.

209. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 ; *Sagnata Investments Ltd. v. Norwich Corporation*, *supra*, note 69, p. 626 : « [...] an administrative body is entitled to lay down a general policy [...] provided always that it is a reasonable policy which it is fair and just to apply. »

210. [1971] R.C.S. 957, pp. 968-969.

211. *Id.*, p. 967. Voir aussi R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 1231.

212. *Id.*, p. 969.

Chambre, les commissions d'enquête, permettent de contrôler toute l'activité de l'administration²¹³. Le contrôle parlementaire des directives est parfois facilité. Ainsi, l'article 27(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit que le décret contenant les instructions du gouverneur en conseil « doit être déposé devant le Parlement »²¹⁴.

Mais il faut surtout signaler le rôle du Protecteur du citoyen du Québec²¹⁵. Celui-ci exerce un contrôle parlementaire sur l'activité de l'administration québécoise ; il est nommé par l'Assemblée nationale et doit lui faire rapport²¹⁶. Le Protecteur du citoyen participe également au contrôle hiérarchique du gouvernement sur l'administration, en recommandant l'accomplissement ou la modification de certains actes²¹⁷.

Le rôle du Protecteur du citoyen est d'être un intermédiaire impartial entre l'administration et le citoyen²¹⁸. Il combat l'arbitraire des administrateurs²¹⁹ ou justifie l'attitude de ceux-ci²²⁰ selon les circonstances. Il permet un recours simple, peu onéreux²²¹, et efficace²²², bien qu'il n'ait qu'un pouvoir de recommandation. Il a déjà reconnu la nécessité des directives administratives comme moyen de réduire le nombre de décisions arbitraires et injustes²²³.

Le Protecteur du citoyen s'est prononcé à plusieurs reprises sur des affaires impliquant des directives²²⁴. C'est en s'attaquant à la décision individuelle qui concrétise la directive qu'il contrôle celle-ci²²⁵. Il a déjà

213. R. DUSSAULT, *supra*, note 12, p. 1563.

214. *Supra*, note 5.

215. *Loi du protecteur du citoyen*, *supra*, note 17. Au niveau fédéral, voir le projet de *Loi relative à la charge de l'Ombudsman et à d'autres matières connexes*, Bill C-43, 3^e session, 30^e législature, 1977-78 ; 1^{re} lecture : 5 avril 1978.

216. *Loi du Protecteur du citoyen*, *supra*, note 17, art. 1, 27, 28 ; L. MARCEAU, « Le Protecteur du citoyen : les institutions publiques traditionnelles et les tribunaux administratifs », (1970) 30 *R. du B.* 67, p. 70.

217. *Id.*, art. 26 ; L. MARCEAU, *idem*, p. 71.

218. Protecteur du citoyen, *Cinquième rapport annuel*, 1973, p. 17.

219. Protecteur du citoyen, *Premier rapport annuel*, 1969, p. 37.

220. P. GARANT, « Le contrôle de l'administration au Québec », (1974) 34 *R. du B.* 343, p. 368.

221. Protecteur du citoyen, *Cinquième rapport annuel*, 1973, p. 66, n^o 90.

222. La très grande majorité des recommandations du Protecteur du citoyen, faites à la suite de plaintes fondées, sont suivies : voir Protecteur du citoyen, *Huitième rapport annuel*, 1976, livre premier, pp. 9-15.

223. G. LESAGE, « Pour éliminer l'incohérence et la confusion, une Loi-cadre des procédures administratives », *Le Devoir*, 14 juillet 1975, p. 2.

224. Par exemple : Protecteur du citoyen, *Deuxième rapport annuel*, 1970, pp. 91-92, n^o 151 ; Protecteur du citoyen, *Huitième rapport annuel*, 1976, livre second, p. 87 et pp. 90-91, n^o 348.

225. Par exemple : Protecteur du citoyen, *Deuxième rapport annuel*, 1970, pp. 272-273, n^o 385 ; Protecteur du citoyen, *Troisième rapport annuel*, 1971, p. 29, n^o 29, et pp. 125-126, n^o 224 et p. 132, n^o 236.

souligné la nécessité d'étudier chaque cas à son mérite. Ainsi, dans un cas, une directive appliquée systématiquement et sans égard aux conséquences immédiates entraînait une conséquence tout à fait contraire au but visé par la loi²²⁶. Et dans un autre cas, il était injuste que la directive soit appliquée²²⁷.

Le Protecteur du citoyen occupe une position de choix pour contrôler les directives de l'administration. Il est heureux qu'il sache en tirer parti. Les tribunaux peuvent contrôler la légalité de la directive : directive basée sur des considérations non pertinentes à la loi, directive déraisonnable ou discriminatoire. Le Protecteur du citoyen, lui, peut faire une recommandation même s'il n'y a qu'une simple négligence de la part de l'administrateur ou s'il n'y a qu'une erreur de droit ou de fait²²⁸. Dans de tels cas, le mieux que les tribunaux puissent faire, c'est d'intervenir relativement aux erreurs de droit apparentes à la lecture du dossier. Le Protecteur du citoyen, lui, peut faire des recommandations sur toute erreur de fait. Il est ainsi capable d'exercer un véritable contrôle de l'opportunité des décisions. Il permet donc un contrôle non seulement plus simple et moins dispendieux, mais beaucoup plus large.

Au niveau fédéral, un certain contrôle parlementaire est exercé sur les directives en vertu de la *Loi sur les textes réglementaires*²²⁹. L'article 13 de cette Loi prévoit qu'une « copie de chaque règlement qui est publié dans la *Gazette du Canada* doit être fournie à chaque membre du Sénat et de la Chambre des communes ».

En vertu de l'article 26, tout texte réglementaire doit être soumis au Comité mixte permanent du Sénat et de la Chambre des communes. Selon le rapport Forsey-McCleave, il semble que cet article soit l'équivalent d'un « vœu pieux », car le Comité, dans la situation actuelle, a dû s'avouer incapable d'accomplir efficacement la tâche qui lui avait été confiée par l'article 26²³⁰. Effectivement, le Comité n'a accès, en pratique, qu'aux « règlements » et aux « textes réglementaires » qui sont publiés dans la *Gazette du Canada*. Il n'est donc pas en mesure de vérifier les autres textes réglementaires puisqu'il ne les connaît pas et n'a aucun moyen d'en connaître l'existence ; à moins que les différentes autorités administratives aient la « bonne idée » de soumettre, comme l'exige l'article 26, les textes réglementaires qu'elles ont établis²³¹. La solution, selon le Comité, serait d'adopter une disposition légale à l'effet qu'aucun texte réglementaire n'entrera en vigueur avant d'être enregistré et publié²³².

226. Protecteur du citoyen, *Troisième rapport annuel*, 1971, p. 53, no 77.

227. *Id.*, p. 57, no 85.

228. *Loi du protecteur du citoyen*, *supra*, note 17, art. 13, 26 c) et d).

229. *Supra*, note 144.

230. Voir le rapport Forsey-McCleave, *supra*, note 146, p. 15.

231. *Id.*, p. 15.

232. *Id.*, p. 15, paragraphe 24.

Conclusion

Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration s'exerce non seulement sous forme de règlements et de décisions individuelles, mais également sous forme de directives. La directive se situe entre le règlement et la décision individuelle. On peut distinguer trois genres de directives : les instructions qu'un supérieur donne à un subalterne et les règles de régie interne, les règles de procédure et de preuve, les énoncés de politique.

Le pouvoir d'établir des directives est conféré expressément ou implicitement par la loi. Il découle aussi de la situation du supérieur et de la responsabilité qu'on lui attribue. L'autorité administrative se munit de certaines directives pour se guider et ainsi agir de façon plus cohérente et plus efficace. Si le pouvoir discrétionnaire peut légalement être délégué, celui qui le délègue a la faculté d'y adjoindre certaines directives impératives servant à diriger le délégataire.

La directive est une norme à portée générale qui, bien que n'ayant pas force de loi, produit un effet réel sur les fonctionnaires et les administrés. C'est pourquoi il est parfois préférable que l'autorité administrative consulte les principales parties intéressées avant de les établir. Par ailleurs, la publicité des directives qui affectent le public est tout à fait désirable. Chaque autorité administrative a donc la responsabilité de mettre en œuvre les meilleurs moyens d'allier la justice à l'efficacité en cette matière.

C'est en s'attaquant à la décision particulière prise en application de la directive qu'on contrôle celle-ci. Le contrôle de la directive peut être administratif, judiciaire, ou parlementaire. Les tribunaux n'interviendront pas si l'autorité administrative a étudié chaque cas à son mérite selon les règles de la raison et de la justice. Généralement, l'administré a avantage à préférer le recours administratif et parlementaire au recours judiciaire.